

La lucha por los derechos sociales

Los fallos judiciales y la disputa
política por su cumplimiento



Malcolm Langford
César Rodríguez Garavito
Julieta Rossi
(editores)

LA LUCHA POR LOS DERECHOS SOCIALES

LOS FALLOS JUDICIALES Y LA DISPUTA POLÍTICA POR SU CUMPLIMIENTO

Los derechos sociales La lucha por

Los fallos judiciales y la disputa
política por su cumplimiento

Editores:

Malcolm Langford

César Rodríguez Garavito

Julieta Rossi

Colectión
Dejusticia

Langford, Malcolm, César Rodríguez Garavito y Julieta Rossi, editores.

La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento. Bogotá: Dejusticia, 2017

624 p; 15 x 24 cm (Colección Dejusticia)

ISBN 978-958-5441-21-7 versión digital

978-958-5441-20-0 versión impresa

1. Derechos económicos, sociales y culturales 2. DESC 3. Implementación de sentencias 4. Cumplimiento de sentencias 5. Cortes y derechos sociales 6. Costa Rica 7. Argentina 8. Brasil 9. Canadá 10. Estados Unidos 11. India 12. Sudáfrica 13. Sistema Africano de derechos humanos 14. Sistema interamericano de derechos humanos 15. Derechos reproductivos 16. Población Romani.

Preparación editorial

Diego Alberto Valencia

Revisión de textos

María José Díaz Granados M.

Traductores

Carlos Morales de Setién Ravina

Jaime Torroja Morales de Setién

Actualización de textos

Alberto de Brigard

Cubierta

Alejandro Ospina

Impresión

Ediciones Antropos Ltda.

Primera edición en español

Editorial Dejusticia

Bogotá, D.C., octubre de 2017

Primera edición en inglés

Cambridge University Press, 2017

Social Rights Judgements and the politics of compliance. Making it stick

Este texto puede ser descargado gratuitamente

en <https://www.dejusticia.org>



Creative Commons Licence 2.5

Atribución – No comercial – Compartir igual

Dejusticia

Carrera 24 N° 34-61, Bogotá D. C.

Teléfono: 608 3605

www.dejusticia.org

Contenido

Prefacio	12
<i>Malcolm Langford, César Rodríguez Garavito y Julieta Rossi</i>	

PARTE 1 PANORAMA GENERAL

Capítulo 1	Introducción: de la jurisprudencia al cumplimiento	16
<i>Malcolm Langford, César Rodríguez Garavito y Julieta Rossi</i>		

Capítulo 2	La explicación del cumplimiento: las lecciones aprendidas de los derechos civiles y políticos	62
<i>Başak Çali y Anne Koch</i>		

Capítulo 3	Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales	98
<i>César Rodríguez Garavito</i>		

PARTE 2 ESTUDIOS DE CASO

Capítulo 4	Costa Rica: comprender las variaciones en el cumplimiento	138
<i>Bruce M. Wilson y Olman A. Rodríguez L.</i>		

Capítulo 5	Argentina: implementación de casos colectivos	172
<i>Martín Sigal, Julieta Rossi y Diego Morales</i>		

Capítulo 6	Brasil: ¿es más difícil hacer cumplir demandas colectivas?	218
	<i>Octavio Luiz Motta Ferraz</i>	
Capítulo 7	Canadá: reclamaciones sistémicas y diversidad de medidas judiciales	246
	<i>Bruce Porter</i>	
Capítulo 8	Estados Unidos: derecho a la educación y los parámetros de lo posible	306
	<i>Amanda Shanor y Cathy Albisa</i>	
Capítulo 9	India: cumplimiento de las órdenes sobre el derecho a la alimentación	344
	<i>Poorvi Chitalkar y Varun Gauri</i>	
Capítulo 10	Sudáfrica: repensar las narrativas sobre el cumplimiento	376
	<i>Malcolm Langford y Steve Kahanovitz</i>	
Capítulo 11	El sistema interamericano: remedios de alcance colectivo y obstáculos en la ejecución de decisiones	418
	<i>Víctor Abramovich</i>	
Capítulo 12	El sistema africano de derechos humanos y el cumplimiento nacional	442
	<i>Frans Viljoen</i>	

Capítulo 13	Demandas judiciales sobre derechos reproductivos: del reconocimiento a la transformación	496
	<i>Luisa Cabal y Suzannah Philips</i>	

Capítulo 14	Derechos internacionales a la vivienda y prejuicios nacionales: el caso de los romaníes y los trashumantes	538
	<i>Andi Dobrushy y Theodoros Alexandridis</i>	

PARTE 3
PERSPECTIVAS FINALES

Capítulo 15	Solucionar el problema del (in)cumplimiento en las demandas judiciales sobre derechos económicos y sociales	578
	<i>Daniel M. Brinks</i>	

	Sobre los autores	614
--	-------------------	-----

Prefacio

*Malcolm Langford,
César Rodríguez Garavito y
Julieta Rossi*

La maduración de la jurisprudencia sobre derechos socioeconómicos en varias jurisdicciones plantea, naturalmente, preguntas sobre su eficacia. Este libro es el primer estudio comparativo e interdisciplinario que analiza en detalle la cuestión específica del cumplimiento. Además de mostrar en qué grado se implementan en el mundo las sentencias sobre esos derechos, estudia también factores causales y estrategias que han mostrado utilidad práctica. Esperamos que ofrezca un recurso valioso para académicos y practicantes a la hora de pensar en la dinámica del cumplimiento y abordar el fenómeno del incumplimiento.

Los orígenes de este libro se encuentran en una reunión organizada por la red de derechos humanos International Network for Economic, Social and Cultural Rights (ESCR-Net), junto con nuestras instituciones respectivas: la Universidad de Oslo, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y la Universidad de Lanús. La conferencia se celebró en Bogotá en mayo de 2010, gracias al generoso apoyo de la Fundación Ford, y muchas de las ponencias allí presentadas hacen parte de los capítulos de este texto.

El libro congrega a académicos y defensores públicos de varias disciplinas; la consecuencia de ello es que los métodos varían. Hay estudios de caso individuales al lado de enfoques más cuantitativos, aunque la mayoría recurre además al método comparativo. Con el fin de mejorar la congruencia y la comparabilidad entre los capítulos, solicitamos a los autores que se ocuparan de un conjunto común de preguntas y temas. Damos las gracias a todos por aceptar el reto y, en especial, por mostrarnos nuevas perspectivas e ideas, y por su paciencia a la hora de responder las interminables preguntas de los editores.

También queremos dar las gracias a Rebecca Brown, que desde ESCR-Net trabajó como gestora de apoyo al proyecto, así como a Cheryl Lorens, Elyse Leonard, Natasha Telson y Daniela Ikawa, encargadas de programas en ESCR-Net, quienes prestaron su ayuda editorial.

Nuestro agradecimiento se hace extensivo a Celeste Kaufmann y Carolina Bernal, de Dejusticia, que ayudaron en la organización de la conferencia que dio lugar a este proyecto.

Asimismo, agradecemos a Elvia Sáenz y Diego Alberto Valencia en Dejusticia por el apoyo decisivo en la producción del libro, a Carlos Morales de Setién Ravina y Jaime Torroja Morales de Setién por el trabajo de traducción del original en inglés, y a Alberto de Brigard por la revisión editorial en español.

PARTE 1
PANORAMA GENERAL

1. Introducción: de la jurisprudencia al cumplimiento

*Malcolm Langford,
César Rodríguez Garavito y
Julieta Rossi*

La cantidad de decisiones judiciales sobre derechos económicos, sociales y culturales (DESC) ha crecido enormemente en las dos últimas décadas. A pesar de las reservas tradicionales sobre la exigibilidad judicial, la factibilidad y la legitimidad del control de constitucionalidad de estos derechos, ahora pueden encontrarse decisiones sobre ellos en muchas regiones del mundo (véanse, por ejemplo, Langford, 2008; Coomans, 2006; Rossi y Filippini, 2009; ICJ, 2008). La respuesta académica inicial a ese fenómeno fue normativa y doctrinal. Las investigaciones se concentraron en la justificación de esas decisiones judiciales a la luz de la teoría democrática y jurídica (por ejemplo, Vierdag, 1978; Fabre, 2000; Dennis y Stewart, 2004; Waldron, 2009; Bilchitz, 2007; King, 2012), o en la tarea de examinar, sistematizar, depurar y criticar la jurisprudencia incipiente (por ejemplo, Gargarella, Domingo y Roux, 2006; Abramovich y Curtis, 2001; Young, 2008; Liebenberg, 2010).

Comparativamente, las etapas posteriores a la sentencia han recibido mucha menos atención. Sin embargo, abogados activistas y académicos han dado la alarma por el número significativo de sentencias sobre DESC que no se han implementado (Wachira y Ayinla, 2006; Berger, 2008; CEJIL, 2003). Tras estudiar el ascenso de la jurisprudencia sobre DESC en el sur de Asia, Byrne y Hossain (2008, p. 143) concluyen que “los avances en la jurisprudencia necesitan con urgencia que los acompañen acciones sobre el terreno que garanticen el cumplimiento de todas las autoridades afectadas por las sentencias”. En otro lugar podemos encontrar críticas sobre cómo las sentencias innovadoras se implementaron precaria o lentamente. Ya sea con respecto al acceso a las vacunas contra la fiebre hemorrágica en Argentina, al derecho al alojamiento de emergencia en Sudáfrica o al derecho a una educación adecuada en Estados Unidos, los demandantes han experimentado dificultades para conseguir que la jurisprudencia progresista se transforme rápida o completamente en resultados progresistas. Lo mismo pasa con decisiones de tribunales regionales e internacionales,

como demuestran los esfuerzos fragmentados de Nigeria por regular los efectos de las actividades de la Shell en el derecho a la vivienda y al agua en ese país, el fracaso de la República Checa por garantizar la igualdad de acceso a las escuelas para los niños romaníes, o el fracaso de Perú en cumplir decisiones sobre salud reproductiva.

Frente a esa narrativa emergente de cumplimientos deficientes o parciales podemos encontrar varias respuestas académicas: algunas son proactivas y buscan identificar cómo puede mejorarse el cumplimiento en la práctica (Mbazira, 2008a; Roach y Budlender, 2005; Rodríguez Garavito 2011, 2017), mientras que otras son críticas. Algunos académicos liberales y de la corriente del proceso legal consideran que el cumplimiento deficiente confirma sus dudas respecto a la apropiación de las decisiones judiciales sobre derechos sociales por parte de las personas. Como expresan Cavanagh y Sarat (1980, p. 372), “cuanto más hacen los tribunales, menos cosas hacen bien”. Preocupaciones sobre la exigibilidad judicial, la legitimidad democrática y la competencia institucional de los jueces podrían explicar la reticencia estatal a cumplir esa clase de decisiones. Otros críticos recurren a esas pruebas para expresar dudas acerca de la relevancia y la efectividad de las decisiones judiciales sobre derechos sociales como marco para garantizar la justicia social, lo que despierta el fantasma de la predicción de Hazard (1969, p. 712) según la cual la contribución de los tribunales al cambio social será “difusa, microscópica y deslucida”.

Sin embargo, la verdad es que más allá de ciertas observaciones anecdóticas no conocemos el grado en que el cumplimiento de estas sentencias es un problema desde una perspectiva comparativa e internacional. Tampoco tenemos una clara comprensión de por qué podría haber variaciones con respecto al cumplimiento, lo que sin duda es esencial en cualquier debate informado acerca de la utilidad o la reforma de las prácticas relativas a decisiones judiciales sobre derechos sociales. Por ejemplo: ¿la clase de derecho objeto de la decisión judicial (social, civil o político) determina el nivel de cumplimiento? ¿Tienen consecuencias para el cumplimiento las obligaciones positivas o progresistas fuertes asociadas a los derechos sociales? ¿Es el cumplimiento una función de factores más amplios, también relevantes para los derechos civiles y políticos? Estos últimos podrían incluir la receptividad de los demandantes, los tribunales y la opinión pública a las decisiones, la influencia de grupos de la sociedad civil y sus aliados, y una variedad enorme de especificidades propias del contexto que caracteriza la trayectoria de cada caso.

Hasta hace poco, la literatura sobre cumplimiento judicial y derechos se limitaba sobre todo a Estados Unidos. Al comienzo había sido

objeto de estudios específicos (Horowitz, 1977; Spriggs, 1997), aunque cada vez más fue absorbida, cuando no aplastada, por una abundante literatura sobre los efectos materiales, políticos y actitudinales más generales de las sentencias (por ejemplo, Muir, 1973; Hoekstra, 2003; Linos y Twist, 2013; Ura, 2014; Baas y Thomas, 1984; Hoekstra, 2000; Johnson y Martin, 1998; Rosenberg, 1991; McCann, 1994). El objeto de estudio es, sobre todo, los derechos civiles y políticos, aparte de investigaciones significativas, pero aisladas, sobre la implementación y los efectos de procesos judiciales en la financiación de las escuelas en el ámbito estatal (por ejemplo, Thompson y Crampton, 2002; Berry, 2007; Hickrod *et al.*, 1992), dado que las constituciones estadounidenses establecen varios grados de reconocimiento del derecho a la educación.

Si se mira fuera de Estados Unidos, el patrón es parecido. La investigación incipiente sobre las sentencias de los tribunales nacionales e internacionales se ha limitado, en gran parte, a los derechos civiles y políticos. Así es si hablamos del cumplimiento (Goldsmith y Posner, 2005; OSJI, 2010; Cali y Wyss, 2011; Hillebrecht, 2014; Ginsberg y McAdams, 2004) o de efectos más generales. También hay excepciones a ese patrón. Los últimos años han visto un crecimiento de los estudios sobre los efectos de las sentencias sobre derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Ello incluye estudios transversales con varios países (Gauri y Brinks, 2008; Yamin y Gloppen, 2011); estudios en profundidad de un único país (Langford, Cousins, Dugard y Madlingozi, 2014; Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015; Rodríguez Garavito 2017), y estudios de caso (Heywood, 2009; Wilson, 2011; Rodríguez Garavito, 2011).

Sin embargo, en su mayoría, esos estudios sobre DESC pasan por alto la dimensión específica del cumplimiento en relación con los efectos de las decisiones, o la mencionan sin formular teorías o analizarla con algún detalle. No obstante, el cumplimiento merece un estudio específico a partir de bases instrumentales o metodológicas. Como argumentan Kapiszewski y Taylor (2013, p. 803), el cumplimiento no solo puede “influir los resultados políticos y la política en general”, sino que es fundamental para el Estado de derecho, al “sustentar y reforzar el marco institucional de la legalidad y la constitucionalidad”, y puede producir “una retroalimentación poderosa en la adopción de decisiones judiciales y en la independencia y el poder de los jueces”. Además, hay un gran número de retos específicos relacionados con medir y explicar el cumplimiento, determinando “cuándo y por qué” los demandados se ajustan a las órdenes judiciales (p. 804). A esto cabría añadir el reto de identificar qué tipo de reformas o cambios mejorarían el cumplimiento. En otras palabras, ¿pueden transformarse las

teorías explicativas en políticas factibles y propuestas activistas para los diferentes agentes que desean mejorar la implementación?

En consecuencia, este libro se propone esclarecer el grado y las causas del cumplimiento de las decisiones judiciales sobre DESC, y ayudar a configurar las crecientes discusiones políticas sobre perfeccionamiento del Estado de derecho. Pretende responder cuatro preguntas en perspectiva comparativa e internacional. Las dos primeras son empíricas: ¿cuál es el nivel de cumplimiento de decisiones sobre DESC, incluidas las decisiones internacionales cuasijudiciales? ¿El patrón de cumplimiento efectivo justifica realmente el escepticismo incipiente? La tercera es explicativa: ¿cuáles son las razones para el grado concreto de cumplimiento de una sentencia determinada (o de un conjunto de sentencias) sobre DESC y cuáles son las condiciones potencialmente explicativas que parecen ser más relevantes? La cuarta es estratégica y prospectiva: ¿cuáles son los acuerdos y las estrategias jurídicas y políticas que han logrado promover la implementación y la profundización de los efectos de las sentencias favorables sobre DESC y cuáles tienen probabilidad de hacerlo?

Los autores de este libro provienen de los campos del derecho, la ciencia política y la sociología; son en su mayoría académicos, pero también hay practicantes con un conocimiento profundo de casos específicos. Se les pidió a todos combinar los métodos de investigación de las ciencias sociales (por ejemplo, entrevistas, grupos focales, generación o análisis de datos cuantitativos) con una comprensión sólida del entorno jurídico y del marco de medidas judiciales remediales de sus casos.

El resto de esta introducción está dedicado a describir, en primer lugar, la metodología usada en este libro en el contexto de la literatura más general sobre cumplimiento (sección 1), a hacer una breve descripción general de los diversos capítulos (sección 2), a una síntesis de temas cruciales relativos a la medición y, en especial, a la explicación del cumplimiento (sección 3), y, por último, presenta algunas sugerencias prácticas sobre cómo podría mejorarse el cumplimiento (sección 4).

La metodología en contexto

La medición del nivel de cumplimiento

Responder a la cuestión empírica sobre el nivel de cumplimiento requiere, en parte, tareas prácticas corrientes, aunque no por ello ajenas a las controversias o carentes de problemas: seleccionar un conjunto de sentencias, definir las líneas básicas relevantes para la evaluación (lo que hay que hacer, cuándo y por quién) y compararlas con los

resultados observados. En su mayor parte, los autores han escogido el método del caso comparativo para investigar la implementación, seleccionando de tres a diez casos en la jurisdicción que eligieron, con el fin de generalizarlos y hacer alguna abstracción. Algunos autores van más allá y adoptan un enfoque más cercano a la estadística, apoyándose en muestras mucho más amplias de sentencias y en encuestas sistemáticas sobre implementación.

Los casos se ocupan sobre todo del derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, a la seguridad social y a la alimentación, en las esferas nacional e internacional. Si bien la gran mayoría de las sentencias proviene de una selección transnacional de tribunales nacionales, esas muestras nacionales se complementan con decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) y la Comisión Africana de Derechos Humanos (CADH), junto con varios casos del sistema interamericano y del sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. La inclusión de este último podría ser inusual. El campo de los estudios de cumplimiento está fuertemente bifurcado entre los sistemas judiciales nacionales e internacionales. Ello puede deberse, en parte, a que el sistema internacional de decisiones judiciales presenta una complejidad adicional, ya que muchas veces los jueces carecen de las competencias que tienen sus homólogos nacionales para hacer cumplir las decisiones o para adoptar medidas remediales. Sin embargo, es dudoso que la competencia formal de adoptar medidas judiciales deba considerarse una restricción del campo de investigación; funcionaría mejor como una variable independiente, puesto que el poder coercitivo de los jueces rara vez es la única causa determinante del cumplimiento. Además, el debate sobre el cumplimiento sigue con frecuencia la misma ruta, con independencia de si la institución judicial decisoria es nacional o supranacional. Por consiguiente, en nuestra opinión, hay mucho que ganar de un análisis en diversos niveles, que se apoye en las similitudes con relación al cumplimiento antes que en sus diferencias.

Uno de los aspectos más difíciles de este problema de investigación es definir lo que constituye cumplimiento pleno o parcial. Como se lamenta Hillebrecht (2014, p. 11), “La política nacional del cumplimiento puede ser confusa y difícil de explorar, y casi siempre es controvertida”. El significado de una medida judicial podría ser muy discutido, la orden puede ser compleja o ir dirigida a diversos niveles, y acontecimientos sobrevinientes pueden desconcertar el ámbito de las medidas de cumplimiento o su secuencia. A lo anterior podríamos añadir complejidades adicionales, como múltiples demandantes y demandados, o acciones gubernamentales que cumplen con el espíritu,

pero no con la letra de la medida judicial (Kapiszewski y Taylor, 2013, pp. 815-816). Por consiguiente, como lo dejan claro algunos estudios, en particular los relativos a las medidas judiciales estructurales en Argentina y Colombia, medir el cumplimiento es tanto un ejercicio interpretativo como de recolección de datos.

Es importante señalar que, en gran medida, este libro evita una comprensión binaria del cumplimiento y distingue entre la implementación parcial y la plena. Si bien esta distinción es más difícil de mantener en los estudios cuantitativos (Voeten, 2012, pp. 45-47; Hillebrecht, 2014), la fuerza cualitativa de estos trabajos nos permite elaborar una imagen mucho más rica de la implementación que sigue a las sentencias. Eso es especialmente importante desde la perspectiva del denunciante o del denunciado: el cumplimiento parcial podría ser bastante significativo o costoso. Además, algunos tribunales pueden ser menos reflexivos en sus órdenes de reparación judicial, y requerir un número poco realista de acciones en un corto periodo de tiempo. Compárense, por ejemplo, las órdenes acotadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con las medidas expansivas y complejas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Desde la óptica del cumplimiento parcial podemos investigar importantes cambios de comportamiento por parte de los demandados como consecuencia de una sentencia, lo que sugiere un nivel significativo de cumplimiento si se tienen medidas remediales con estándares altos.

Al mismo tiempo, el libro pretende evitar confundir el cumplimiento de una sentencia con su impacto. El impacto mide la influencia total o el efecto de una decisión, que puede ser más grande que la simple implementación de la orden (por ejemplo, al tener efectos indirectos adicionales) o incluso “efectos netos negativos” debido a consecuencias no buscadas. El capítulo de Rodríguez Garavito proporciona un marco analítico para especificar la relación entre los dos conceptos en la teoría y en la práctica. Al comparar los potenciales resultados de la implementación y el impacto, el autor distingue cuatro posibles combinaciones: sentencias no implementadas sin repercusión; sentencias no implementadas con repercusión significativa; sentencias implementadas con poca o ninguna repercusión, y sentencias implementadas con una repercusión significativa.

Un buen ejemplo de confusión entre cumplimiento y repercusión es el análisis común de la icónica sentencia Grootboom en Sudáfrica sobre el derecho a la vivienda. A partir de un único artículo de periódico (Joubert, 2008), muchas veces los académicos describen el fallecimiento de la principal demandante sin casa como ejemplo de la incapacidad del tribunal para garantizar la implementación de sus decisiones sobre

derechos socioeconómicos. Sin embargo, Liebenberg (2008, p. 99) señala que una “característica ampliamente malentendida” del caso es la importancia que tuvo el acuerdo extrajudicial parcial al que llegaron las partes en una etapa anterior. La comunidad se salvó del desalojo y consiguió garantizar su acceso a servicios básicos y materiales de construcción esenciales. Además, la sentencia de la Corte Constitucional no decidió sobre un derecho inmediato a la vivienda permanente para la comunidad, sino sobre la obligación más general del Estado de desarrollar un programa de vivienda de emergencia con presupuesto asignado (lo que pasó cuatro años después). Asimismo, en cualquier caso, como muestra este libro, la comunidad consiguió vivienda permanente por cuenta de la interpretación local de la sentencia.¹

Sin embargo, lo anterior no significa negar la importancia de analizar los efectos de las decisiones de los tribunales. Los efectos más amplios de una decisión judicial a la hora de establecer un criterio jurisprudencial para otras decisiones, canalizar la acción estatal o fomentar los cambios políticos y actitudinales, se invocan usualmente como justificaciones para defender el control de constitucionalidad o la presentación de demandas judiciales de interés público. Por ejemplo, Howse y Teitel (2010) deploran el reciente giro en las obras académicas de derecho internacional hacia el cumplimiento, por menoscabar nuestra comprensión de las funciones del derecho. Afirman que esas investigaciones pasan por alto la “importancia central de la interpretación para la producción de significado jurídico” y la función del derecho a la hora de manejar las relaciones “entre normas y regímenes diversos”, establecer “criterios de referencia” para la toma de decisiones, negociar y dar acceso institucional a los agentes, transformar las percepciones de los conflictos y problemas políticos, y catalizar el ultracumplimiento mediante la producción de “efectos normativos que son mayores, más poderosos o diferentes” que los previstos o contemplados (pp. 128, 30, 31, 33).

Es importante señalar que, con cierta frecuencia, los actores claves en estos procesos tienen como objetivo obtener precisamente tal tipo de impacto. Muchas veces, los demandantes pueden buscar, o los tribunales ordenar, medidas judiciales muy restringidas con la expectativa de que generarán efectos más amplios. Un análisis delimitado del cumplimiento no vería esas sutilezas estratégicas e inflaría potencialmente los efectos positivos o negativos de la decisión si la estrategia fracasara, o minusvaloraría la importancia de la sentencia si los efectos están más allá de la esfera del cumplimiento. Atender solo al cumplimiento puede subestimar también los efectos sustanciales que se derivan de la

1 Véase también Langford (2014).

implementación parcial o incluso mínima. Además, es claro en la literatura que hay una divergencia metodológica a la hora de examinar los efectos *erga omnes* de las decisiones. Por ejemplo, algunos ven como un problema de cumplimiento la falencia del Estado para respetar una decisión en casos análogos en los que cabría invocar el precedente sentado por una sentencia (Mbazira, 2008a), mientras que otros consideran que esa situación es una falta de impacto. En consecuencia, si bien los capítulos del libro se concentran sobre todo en el cumplimiento, sigue estando abierto al análisis de otros tipos de impacto; como resultado, varios de los autores consideran efectos más amplios, incluyendo casos en los que el cumplimiento ha sido parcial.

Explicaciones del cumplimiento

¿Por qué los Estados y otros afectados cumplen o no cumplen con las sentencias? Eso ha sido objeto de un largo y controvertido debate metodológico y teórico tanto en el derecho como en la ciencia política. Estamos de acuerdo con Kapiszewski y Taylor (2013, p. 819) en que las diferentes teorías sobre el cumplimiento pueden clasificarse en general como instrumentales y normativas, aunque las describimos de forma algo diferente y también incorporaremos los derechos sociales a lo largo de la explicación.

Teorías instrumentales

Las teorías instrumentales se concentran en los costos y beneficios del cumplimiento, sean de naturaleza material o política. Muchos abogados y sus críticos presuponen que la potencia de la ley, y, por extensión de los tribunales, normalmente surge de su poder coercitivo (OSJI, 2010). El incumplimiento tiene consecuencias. Si los jueces poseen autoridad para constreñir las opciones de cualquier sujeto y, por tanto, pueden obligarlo a hacer algo en contra de su voluntad,² la implementación de las sentencias debería ocurrir *ipso facto*. Esa concepción clásica del derecho involucra tanto el poder de ordenar sanciones como el de hacerlas cumplir (Yankah, 2008).

Los tribunales nacionales y, en mucha menor medida, los tribunales internacionales, tienen normalmente competencia para castigar a los demandados reacios (“competencias en caso de desacato”), embargar propiedades y dinero (competencias de ejecución) o establecer una supervisión continua de la implementación. Esas competencias se han

2 Wertheimer (1987, p. 172) define coerción como la creación de una “situación de elección” en la que una persona o entidad no “tiene alternativa razonable” salvo aceptar la propuesta coercitiva (citado en Edmundson, 1995, p. 82).

ejercido en las decisiones judiciales sobre derechos sociales. En India, la Corte Suprema amenazó, con cierto éxito, con encarcelar a funcionarios si no cumplían con su orden de modificar los vehículos para que usaran combustibles más limpios con el fin de proteger los derechos a la salud medioambiental.³ En ese sentido, un estudio de sesenta casos sobre el derecho a la salud en Argentina determinó que un cuarto de las sentencias se implementaron solo después de que los tribunales impusieran multas a varias aseguradoras de salud, prestadoras de servicios de salud y autoridades públicas (Bergallo, 2011); en Sudáfrica, la Corte Constitucional abrió la puerta a reclamaciones financieras efectuadas contra los activos del Estado en un caso sobre negligencia médica.⁴

Sin embargo, esta concepción del cumplimiento es rebatible de varias formas. En primer lugar, mientras que los realistas aceptan esa comprensión y expectativa clásicas del derecho, dudan que corresponda con la realidad. Frente a la preocupación democrática de que los jueces sobrepasen sus límites, el supuesto es que estos son débiles. Frente a la resistencia de los políticos, los funcionarios estatales o los demandados privados, la capacidad de los jueces de hacer efectivas sus órdenes sigue siendo nula. Las instituciones judiciales son simples “epifenómenos o manifestaciones superficiales de fuerzas más profundas que actúan en la sociedad” y el cambio social solo ocurre “cuando el equilibrio de esas fuerzas profundas cambia” (Young, 2001, pp. 117-8). Por ejemplo, Rosenberg (1991) duda que la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Brown v. Board of Education* fuera responsable de los progresos en la desegregación escolar. Más bien, fueron “la creciente presión de los derechos civiles desde los años treinta, los cambios económicos, la Guerra Fría, los cambios poblacionales, las preocupaciones electorales, el aumento de la comunicación de masas” los que produjeron la desegregación. El Tribunal se limitó a “reflejar esa presión, no la creó” (p. 168). Desarrollando la idea, Rosenberg afirma que el uso de los tribunales podría ser, en sí mismo, una variable endógena que explicara el escaso progreso en una cuestión social, si recurrir a estrategias jurídicas distrae de estrategias políticas potencialmente más efectivas.⁵

3 M. C. Mehta *vs.* Union of India (1998) 6 SCC 63 (Tribunal Supremo de la India). Véase el análisis en Muralidhar (2008), Shankar y Bhanu (2008) y Gauri (2010).

4 Nyathi *vs.* Member of the Executive Council for the Department of Health Gauteng & Ors, 2008 (5) SA 94 (CC) (Tribunal Constitucional de Sudáfrica).

5 “Un peligro del uso de los tribunales para conseguir una reforma social significativa es que las victorias simbólicas pueden confundirse con victorias sustantivas, y encubrir así una realidad que es desagradable. En lugar de trabajar para cambiar la realidad, los reformadores que recurren a una estrategia

No obstante, cabe argumentar que las perspectivas realistas tienen una tendencia a presionar demasiado en la dirección opuesta, subestimando el poder de los tribunales y descuidando variables relacionadas con la mediación y el condicionamiento. En consecuencia, podemos identificar una explicación alternativa, que se podría denominar estratégica. Se supone que los demandados son sujetos racionales, pero sus cálculos están a menudo impulsados por un conjunto diverso de beneficios y costos. Esos cálculos podrían ser políticos: los Estados y otros agentes poderosos podrían tener incentivos para cumplir si hacerlo es congruente con lo que quiere la opinión pública (en particular en una democracia en la que eso se traduce en apoyo electoral), disuelve la protesta y el disenso de los grupos activistas y de otros Estados, o legitima políticas existentes pero impopulares (Helfer y Voeten, 2014; Simmons, 2009; Moravcsik, 2000). Los cálculos también pueden ser materiales: el cumplimiento puede rendir beneficios financieros; por ejemplo, el cumplimiento puede ser una “señal” útil para la comunidad internacional que usa el desempeño en materia de derechos humanos como “condición para el comercio, la asistencia internacional y un asiento en la mesa de negociaciones” (Hillebrecht, 2014, p. 27) o permitir a grandes empresas acceder a bienes públicos específicos. De forma alternativa, el cumplimiento puede ser financieramente costoso, lo que suele ser una queja habitual cuando se habla de derechos sociales. Esa perspectiva estratégica puede ser también recíproca y diacrónica. Un Estado puede cumplir a regañadientes con el propósito de que, en el futuro, otros gobiernos, Estados o sujetos cumplan. En otras palabras, los esfuerzos estatales por crear una cultura de cumplimiento pueden ser estratégicos.

A pesar del eclecticismo del enfoque estratégico en su selección de costos y beneficios, este puede pasar por alto las características jurídicas, sociales e institucionales específicas de un caso concreto. Hay tres de esas características que merecen ser mencionadas. La primera es la complejidad de la medida judicial. Algunas medidas judiciales pueden ser especialmente difíciles de implementar (independientemente de cuáles sean sus costos materiales). A veces el cambio requiere tiempo (el desarrollo de una nueva política o práctica públicas) y los tribunales carecen de influencia para provocar un cambio estructural. Melish (2008) y Courtis (2008) sostienen que tanto en casos civiles como sociales decididos por la Corte IDH y por los tribunales argentinos, las indemnizaciones y las órdenes de carácter individual fueron ejecutadas rápidamente, mientras que las órdenes más generales y estructurales

de uso de los tribunales pueden equivocarse (¿o quedar satisfechos?) con la celebración de la ilusión de cambio” (Rosenberg, 1991).

a menudo se retrasaron en la implementación. La segunda es que la visibilidad del incumplimiento puede determinar significativamente el que un demandado tenga incentivos para no cumplir (Kagan y Skolnick, 1993); si el comportamiento que se quiere regular es fácilmente identificable por múltiples sujetos, la probabilidad de cumplimiento es mayor. La tercera característica es si hay una variedad de intermediarios entre los demandantes y el agente formalmente demandado, en especial burócratas, empleados de las grandes empresas o expertos destacados. Como sostiene Epp (2009), la “contingencia burocrática”, es decir, la disposición o la capacidad de los funcionarios para cumplir es una de las determinantes más significativas del cumplimiento. Esto se complica aún más según el número de intermediarios. En su estudio de un tribunal regional, Huneus (2011, pp. 509-510) determinó que el nivel de cumplimiento por los Estados estaba relacionado inversamente con el número de órganos estatales a los que se dirigían las órdenes de las medidas judiciales.

Explicaciones basadas en la fuerza normativa del derecho

Estas visiones instrumentales de la ley y los tribunales han sido objeto de fuerte oposición debido a que ignoran el poder de las leyes para crear ideas. En respuesta a las explicaciones coercitivas, Hart (1961) sostuvo que el papel de las leyes es fundamentalmente normativo, y aporta razones para actuar: las normas proporcionan “razón y justificación” para todo uso de la autoridad coercitiva. Raz (1994) ha afirmado que el derecho es esencialmente una institución social legitimadora que afecta la valoración de nuestras razones y acciones prácticas: “La autoridad no se limita a añadir razones o a dar razones suficientes para actuar de una forma específica, sino que lo que hace es modificar el dominio de la razón en el que un sujeto puede actuar”.⁶ Si bien la coerción puede ser un elemento para establecer la peculiaridad y la fuerza de autoridad institucional de la ley, no explica toda su influencia en el comportamiento. Esa explicación ve el derecho como un sistema persuasivo. Concedemos a la ley bastante importancia a la hora de decidir si cumplimos o no con una decisión: una prohibición jurídica es, a diferencia de otras razones, un factor que debe ser sopesado con otras consideraciones.

Las teorías de la persuasión conceden una importante agencia moral a los individuos y a los actores políticos. Sin embargo, podría haber dudas significativas con respecto a su valor determinativo y a su consistencia en diferentes circunstancias. Una explicación normativa

6 Como lo resume Yankah (2008).

alternativa es sociológica, y señala la función cultural de las leyes. La función expresiva del derecho puede cambiar los significados sociales de los comportamientos aceptables (McAdams, 2000),⁷ y las normas jurídicas pueden estar aculturadas.⁸ Se debate cómo actúa esa función, pero el derecho puede afectar en especial las “normas cívicas” predominantes, que ejercen un poder social y psicológico significativo; puede ser particularmente poderoso mediante el proceso de doble institucionalización, cuando el derecho “refuerza un orden normativo ya existente” o uno incipiente (Kagan y Skolnick, 1993, p. 85).

Sin embargo, algunas explicaciones fundamentadas en las normas son más dinámicas y eclécticas y sugieren una relación dialéctica entre mecanismos persuasivos y culturales. En el institucionalismo discursivo, las normas no son solo resultado de un acto creativo voluntario, sino que también son, a la vez, un fenómeno independiente. Pueden modelar las “capacidades imaginativas básicas” de los agentes tanto como “sus capacidades discursivas visibles”, lo que “les permite expresar opiniones críticas sobre esas instituciones, para cambiarlas (o mantenerlas)” (Schmidt, 2008, p. 4).

Dicho esto, hay que ser muy cuidadoso a la hora de suponer si los tribunales pueden estimular efectos significativos en el comportamiento. Las encuestas y las pruebas experimentales sobre la influencia de los tribunales en la opinión pública muestran que los efectos son limitados y contingentes.⁹ Sin embargo, los casos emblemáticos tienden a ser más significativos y las élites educadas son más susceptibles de tener influencia, lo que indicaría un potencial de mayor cumplimiento a este respecto.

El que las sentencias sobre derechos sociales puedan ejercer esa influencia normativa está abierto a discusión. Por un lado, el uso del derecho y el razonamiento a partir de los derechos pueden ejercer una presión persuasiva y cultural sobre los sujetos y funcionarios reticentes a cumplir. Si bien las sentencias pueden llegar a cambiar las opiniones

7 En su análisis del declive de la pederastia en la Atenas clásica, Lanni (2010, p. 45) argumenta que “Al cambiar el significado social de la pederastia homosexual, esas leyes [atenienses] influenciaron normas relativas a la conducta puramente privada y fueron más allá del número limitado de ciudadanos activos en el campo político que podrían ser procesados conforme al derecho”.

8 “Por aculturación nos referimos al proceso general mediante el cual los sujetos adoptan las creencias y los patrones de comportamiento de la cultura circundante” (Goodman y Jinks, 2008, p. 726).

9 Véanse, por ejemplo, Muir (1973); Hoekstra (2003); Linos y Twist (2013); Ura (2014); Baas y Thomas (1984); Hoekstra (2000); Johnson y Martin (1998); Vecera (2014); Blake (1977); Franklin y Kosaki (1989); Wlezien y Goggin (1993); Stoutenborough, Haider-Markel y Allen (2006) y Helfer y Voeten (2014).

subyacentes sobre los derechos sociales o incluso la justicia social, es probable que esa influencia sea mayor cuando el proceso judicial muestra una clara disonancia entre un derecho social bien reconocido y una política que no cumple con él. Un buen ejemplo es la rápida y llamativa respuesta de Portugal ante una decisión cuasijudicial del Comité Europeo de Derechos Sociales, que le recriminaba no haber tomado medidas efectivas para prevenir el trabajo infantil.¹⁰ Aunque ese órgano no tiene poderes coercitivos y el grado de movilización política de la sociedad civil en torno a esa cuestión no era importante, dado que el problema está considerado en general como algo completamente inaceptable, al menos entre los Estados con los que se compara Portugal, los efectos orientados por las normas pueden explicar gran parte de los esfuerzos por cumplir.

Por otro lado, las actitudes respecto a los derechos sociales, así como respecto a grupos específicos que reclaman estos derechos pueden suponer un freno significativo al cumplimiento. Todo poder normativo de una sentencia puede ser neutralizado totalmente por la oposición de agentes públicos o privados importantes. Si bien eso es un reto para todos los derechos,¹¹ podría ser un desafío especial para los derechos sociales, si se consideran de menor importancia que los civiles y políticos, o cuando las decisiones judiciales sobre ellos se consideran ilegítimas. Asimismo, los derechos sociales, que claramente se traslapan con los civiles, particularmente con el derecho a la vida, pueden tener mucho más peso a la hora de implementarlos, como pasó, por ejemplo, con la falta de tratamiento para los pacientes de VIH, o la falta de prevención de las inundaciones de viviendas precarias (Cavallaro y Brewer, 2008).

Marco analítico

Para los propósitos de este libro no hemos desarrollado un marco deductivo a partir del cual los autores deberían llevar a cabo su investigación o poner a prueba hipótesis específicas, como tampoco hemos restringido la gama de teorías que deberían considerar; en lugar de eso, hemos establecido para ellos un amplio marco analítico como punto de partida inductivo. A fin de abordar la cuestión explicativa se les pidió considerar cuatro conjuntos amplios de posibles variables independientes.¹² Los factores se presentan en la tabla 1 y son:

10 ICJ *vs.* Portugal, Complaint 1/1998, decisión sobre el fondo (CEDS).

11 Por ejemplo, sobre los derechos LGBT, véase Helfer y Voeten (2014).

12 Inicialmente, la segunda y la tercera variables estaban combinadas, pero luego separamos los factores más institucionales de los más generales.

- Variables jurídicas: como la naturaleza del derecho (por ejemplo, derechos sociales frente a derechos civiles), litigantes (por ejemplo, acción individual o colectiva, número de afectados), medidas y supervisión judiciales (clase y fuerza), sistema jurídico (por ejemplo, derecho anglosajón frente a derecho continental) y cultura judicial.
- Variables políticas: relativas a las características del Estado y el sistema político, como la capacidad de la estructura estatal para implementar las decisiones sobre DESC, la clase de sistema político, los acuerdos institucionales entre las ramas de Gobierno; la tipología del demandado (por ejemplo, nacional, provincial, local o no estatal).
- Variables socioeconómicas: cubren características generales del país como: los niveles de riqueza, la desigualdad social y la fragmentación étnica, también el grado de apoyo público y de las mayorías sociales a los casos específicos presentados por los demandantes.
- Variables relacionadas con la sociedad civil: tienen que ver con los agentes sociales no institucionales. Entre ellas estarían, en especial, la estructura y la cohesión entre los demandantes y los abogados, las coaliciones más amplias de la sociedad civil, la trayectoria y la naturaleza de la movilización jurídica, la variedad disponible de herramientas de disputa, la colaboración transnacional con sujetos semejantes de la sociedad civil, y el acceso a la financiación de donantes.

La lista de variables potenciales es larga y ello es importante para los propósitos de este libro. El peligro de adoptar un marco analítico muy reducido es que puede resaltar rápidamente una teoría o supuesto por encima de otras. Por ejemplo, prestarles atención a variables centradas en los agentes (políticas, sociedad civil) puede confundir los incentivos (o desincentivos) económicos o de comportamiento, o el carácter jurídico específico del caso (Kapiszewski y Taylor, 2013, p. 824). Por consiguiente, fuimos eclécticos y establecimos una gama amplia de factores potenciales para la investigación. En la sección 3 de este capítulo presentamos un análisis de los factores que aparecen de forma más persistente en los diversos estudios; estos indican las condiciones potenciales necesarias para el cumplimiento de las sentencias, aunque determinar las condiciones suficientes para el cumplimiento es más difícil, cuando no ambiguo.

TABLA I

Factores que afectan el cumplimiento

	Oferta	Demanda
Institucionales	<p>Variables jurídicas</p> <ul style="list-style-type: none"> • Clase y fuerza de las medidas judiciales. • Seguimiento de la medida por el tribunal. • Complejidad de las medidas judiciales. • Caso individual o colectivo; deberes positivos o negativos. • Estatus de los derechos sociales en los tribunales. • Requisitos de admisibilidad. 	<p>Variables políticas</p> <ul style="list-style-type: none"> • Clase de agente interviniente (ejecutivo, órgano legislativo, autoridad local, no estatal, internacional). • Capacidad del Estado o de otras estructuras encargadas de implementar las decisiones o transformarlas. • Intereses afectivos de los intervinientes y su personal en el cumplimiento. • Clase de sistema político (grado de democracia, federalismo). • Relaciones institucionales de los intervinientes con los jueces.
No institucionales	<p>Variables ligadas a parámetros socioeconómicos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Características de los litigantes. • Preferencias de comportamiento de la población. • Si la sentencia es congruente o contraria a la opinión de la mayoría de la sociedad. • Recursos presupuestales, económicos, naturales y humanos disponibles. • Nivel de desigualdad social y estructura de la economía. 	<p>Variables ligadas a la sociedad civil</p> <ul style="list-style-type: none"> • Estructura y niveles de cohesión de las coaliciones de la sociedad civil en el pleito. • Conjunto de estrategias complementarias (acción directa, medios de comunicación, activismo jurídico, etc.). • Grado de formación de coaliciones. • Categoría de los abogados (públicos o particulares). • Niveles de participación de las poblaciones afectadas o de los movimientos sociales en el caso. • Acceso a financiación.

Sin embargo, lo dicho no significa que nos opongamos a enfoques teóricos más concentrados y restringidos. A diferencia de Kapiszewski y Taylor (2013, pp. 824-825), creemos que es valioso intentar desarrollar teorías coherentes con el fin de probar hipótesis concretas o subrayar características notables del cumplimiento. En tanto una “teoría unificada que busque explicar todas esas acciones sería por fuerza demasiado abstracta para ser útil” (p. 824), intentar incluir todas las explicaciones posibles puede que lleve a conclusiones igualmente poco útiles, aun si explican el cumplimiento en algún caso particular. Por tanto, varios autores usan también marcos teóricos mediante los cuales desarrollan hipótesis específicas que se concentran en la interacción de algunas variables. Entre ellas está la explicación de Çali y Koch en el capítulo

siguiente, basada en la interacción, y el marco de la “desigualdad de costos” que utiliza Brinks en el capítulo de cierre para realizar un análisis empírico de los demás capítulos de este libro, según el cual el grado de cumplimiento efectivo es una función del costo del cumplimiento frente al costo del incumplimiento.

Panorama del libro

Este libro comienza por preguntarse qué puede aprenderse de la implementación de las sentencias sobre derechos civiles y políticos, y si hay diferencias significativas entre los dos conjuntos de derechos con respecto al cumplimiento. Çali y Koch proponen una explicación basada en la interacción del cumplimiento, con atención especial a las sentencias internacionales en las que la velocidad y el alcance integral de la implementación de los derechos están entrelazados con la relación entre los órganos supranacionales de derechos humanos y aquellos encargados de tomar decisiones en el ámbito nacional. Después de cuestionar la categorización de los derechos humanos en diferentes “generaciones” argumentan que, como ocurre en la esfera de los derechos civiles y políticos, el cumplimiento con las sentencias internacionales sobre DESC está influenciado por quién (y cómo) decide sobre las exigencias de cumplimiento tanto en el ámbito supranacional como en el nacional.

Basándose en un marco analítico para evaluar el cumplimiento de las decisiones judiciales y sus efectos más amplios, Rodríguez Garavito argumenta que, con el fin de recoger toda la variedad de efectos de las sentencias, los estudios sobre impacto tienen que ampliar el campo teórico y metodológico de visión para incluir no solo los efectos materiales directos (es decir, los que tienen lugar justo después del cumplimiento de la sentencia), sino también sus efectos más amplios, que incluyen importantes efectos indirectos y simbólicos. Basándose en un estudio comparado de los efectos de las principales sentencias sobre DESC dictadas por la Corte Constitucional colombiana, argumenta además que los factores más relevantes que explican el nivel de cumplimiento de las decisiones del tribunal y los efectos de las medidas judiciales son la clase de remedios que se aplican, así como la existencia y naturaleza de mecanismos para supervisar su implementación. Cierra el capítulo con una defensa del “activismo judicial dialógico”, que estimula mecanismos de supervisión participativos que profundizan la deliberación democrática y refuerzan la repercusión de las intervenciones de los tribunales.

El libro aborda a continuación estudios sobre países. Wilson y Rodríguez analizan, desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa, el

cumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Costa Rica, concentrándose en las instituciones que generalmente cumplen con las decisiones de los tribunales, y qué tipos de decisiones generan mejores niveles de cumplimiento. En contra de las conclusiones de la literatura que se limita a señalar la influencia de los movimientos y las organizaciones civiles bien estructuradas o con buena financiación, encuentran que, en sistemas judiciales accesibles, los principales factores que determinan el cumplimiento de las decisiones sobre DESC son la naturaleza de la institución demandada y el plazo para cumplir concedido por el tribunal. Las decisiones judiciales que exigen una acción inmediata por parte del Gobierno tienen una probabilidad más alta de cumplimiento, lo mismo que aquellas que se dirigen a instituciones específicas, descentralizadas o con autonomía para implementar las medidas ordenadas por el tribunal. Sin embargo, reconocen que los esfuerzos por mejorar el cumplimiento de las órdenes progresistas contra instituciones más grandes requerirán la movilización de la sociedad civil.

Sigal, Rossi y Morales estudian un tipo ligeramente más amplio de variables que podrían explicar el cumplimiento, tales como el tamaño del caso, la complejidad de la medida judicial, la posición del tribunal, la fortaleza institucional o la voluntad política de cumplir. A partir del estudio de trece sentencias sobre derechos sociales en Argentina, el capítulo subraya la relevancia especial del tamaño del grupo de litigantes, la receptividad de un juez concreto y la voluntad política más general, y concluyen proponiendo algunas estrategias que incidirían en esas variables específicas.

El capítulo de Ferraz sobre Brasil se concentra en una característica de las demandas judiciales sobre DESC que se observa en especial en Latinoamérica: el aumento repentino y desmesurado de demandas individuales que son decididas caso por caso y, en Brasil, la escasez correspondiente de demandas colectivas dirigidas a abordar las deficiencias de las políticas estructurales subyacentes que provocan esas acciones legales específicas. A partir de estudios sobre las demandas judiciales relativas a derechos de la salud, Ferraz quiere demostrar que los tribunales son muy reflexivos, quizá en exceso, sobre sus expectativas acerca del cumplimiento. Su hipótesis es que las elevadas tasas de éxito de las demandas judiciales individuales, y la baja tasa de éxito de las demandas colectivas se explican por los obstáculos jurídicos y fácticos relativos al cumplimiento. La reticencia de los tribunales brasileños a acoger demandas de grupo y a tomar medidas judiciales para ellos, combinada con su simpatía hacia las demandas individuales crea, según Ferraz, fuertes incentivos institucionales para que los pacientes

reclamen medicamentos y tratamientos mediante innumerables demandas de este tipo. Si bien su estudio proporciona algunas pruebas de los diferentes grados de cumplimiento en la práctica (cuando han sido ordenadas medidas judiciales colectivas), su principal contribución es destacar la importancia que tienen las expectativas de cumplimiento entre la comunidad legal, en la medida en que han tenido repercusiones importantes en los debates sobre la jurisprudencia, las tasas de éxito y las medidas judiciales.

Los siguientes dos capítulos se refieren a Norteamérica. En su análisis de los procesos judiciales canadienses, Porter se concentra en la relevancia de las medidas remediales: argumenta que medidas judiciales más abiertas, más dialógicas y más blandas tienen mayor impacto, aun si es más difícil hacerlas cumplir. Como Ferraz, Porter señala que la percepción judicial de la posibilidad del cumplimiento influye la naturaleza de las decisiones y, en particular, la elección de las medidas remediales. Sin embargo, muestra también cómo una serie de casos tradicionales de ámbito restringido pueden tener un efecto transformador con el paso del tiempo. Albisa y Shanor examinan casos escogidos de cuatro décadas de demandas judiciales en el campo de la financiación escolar en Estados Unidos (en el ámbito estatal) y se concentran en el lado de la demanda, para lo cual estudian cuáles son las condiciones sociales y la clase de participación que han tenido influencia en los niveles de cumplimiento y la repercusión de las decisiones. El artículo subraya cómo los niveles de actividad de la sociedad civil —en particular la actividad de los movimientos sociales— y el compromiso antes, durante y después de una decisión judicial, tienen un efecto importante, cuando no esencial, en la efectividad de la decisión de un tribunal.

En el siguiente capítulo del libro, Chitalkar y Gauri estudian las demandas judiciales estructurales a largo plazo sobre el derecho a la alimentación, presentadas ante el Tribunal Supremo de la India. Al compararlas con decisiones anteriores, argumentan que una sentencia de 2001 y las más de cincuenta órdenes que la siguieron generaron niveles más altos de cumplimiento. No solo el Tribunal declaró que el derecho a la alimentación era un derecho fundamental, sino que le dio significado, especificando a qué prestaciones jurídicamente exigibles daba lugar dicho derecho, creó un mecanismo institucional para supervisar el cumplimiento de sus órdenes y siguió involucrado en el proceso judicial. Eso se complementó, además, con la colaboración entre el Tribunal y aliados importantes de la sociedad civil, y con un cambio en la opinión pública sobre la crisis crónica de hambruna.

Langford y Kahanovitz analizan en detalle las narrativas empíricas y causales del cumplimiento de sentencias en Sudáfrica, para

comprender mejor los grados de implementación y las causas de su variación y, hasta cierto punto, identificar estrategias exitosas. La mayor parte del capítulo está dedicada al análisis detallado de seis estudios de caso relativos al derecho a la vivienda en zonas urbanas de ese país, que también se comparan con la literatura existente sobre cumplimiento de las sentencias relativas a derechos de salud y de seguridad social, con el propósito de identificar patrones específicos. Esas explicaciones ofrecen la imagen de una tremenda variación en los grados de cumplimiento y en la importancia de la movilización de la sociedad civil, pero sugieren que para elevar los niveles de cumplimiento en los casos difíciles se requieren tribunales más experimentales y reflexivos; internacionales.

Los estudios de caso finales están relacionados con el ámbito internacional. Viljoen reflexiona sobre el cumplimiento nacional de las recomendaciones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y para ello usa métodos cuantitativos y cualitativos; presenta varias hipótesis que lo llevan a señalar algunos factores (relativos a los demandantes, la sociedad civil, la comunidad internacional, la Unión Africana y el órgano o tribunal relevante) como posibles predictores del cumplimiento nacional. El capítulo de Cabal y Philips evalúa cuán exitosas han sido algunas decisiones judiciales internacionales de carácter innovador sobre derechos reproductivos, e identifican factores fundamentales —el diseño institucional, la naturaleza de los remedios otorgados, la atención pública al caso y el entorno institucional— que promueven u obstaculizan las decisiones tomadas por órganos nacionales, regionales e internacionales. Dobrushy y Alexandrinis ofrecen un resumen de las sentencias y decisiones de los órganos de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa con respecto al derecho a la vivienda de romaníes y trashumantes; investigan la naturaleza evolutiva de la jurisprudencia sobre problemas de vivienda, y los retos para implementar la decisión en la práctica. Los autores señalan que el prejuicio racial generalizado hace la implementación extremadamente difícil, y sugieren que la posición social del grupo es un factor fundamental.

El capítulo de cierre, escrito por Brinks, reúne los análisis de los diferentes capítulos del libro, recurriendo al marco de la “desigualdad de costos”, entre los que se cuentan los costos políticos (desaprobación pública), y los financieros y los afectivos (la distancia entre el objeto del proceso judicial y los compromisos y valores normativos expresados por la organización correspondiente). No siempre es obvia la relación entre esos costos y las variables analizadas. Por ejemplo, cabría esperar que cuanto mayor fuera el número de beneficiarios, mayores serían los costos políticos del incumplimiento y, por tanto, mayor la

probabilidad del cumplimiento; pero si los beneficios están muy difundidos entre los miembros de la sociedad, los problemas de acción colectiva hacen difícil movilizar a suficientes personas directamente afectadas para que creen presión. La implementación puede ser más fácil cuando hay afecto positivo, es decir, cuando la sentencia tiene un valor simbólico alto o cuando hay un cambio de régimen que hace que el nuevo Gobierno esté más alineado con los valores de los demandantes. Pero puede ser extremadamente difícil en casos de afecto negativo: cuando las decisiones se relacionan con grupos impopulares, en muchas ocasiones sin importar cuál sea la tarea asignada, puesto que la oposición al cumplimiento está fundamentada en valores y no en cálculos racionales de costo-beneficio. Además, en los casos de afecto negativo, los políticos obtendrán mucho mayor capital político oponiéndose a la orden judicial.

Temas comunes a la medición y las explicaciones

A pesar del uso de diferentes metodologías y de un marco explicativo abierto, del libro surgen patrones específicos. Cuando observamos los estudios en conjunto, hay cinco aspectos que se destacan especialmente. Los dos primeros están relacionados con la naturaleza del caso, en concreto con su complejidad y tamaño. Sin embargo, la evidencia de su relevancia es desigual entre los estudios de caso, por ello analizamos los otros tres factores que sobresalen más: la movilización social, los remedios judiciales y su supervisión, y la posición social de los grupos afectados. A medida que los costos materiales o políticos (en especial) aumentan, la presencia de uno o más de estos factores se convierte en algo crucial para garantizar el cumplimiento.

Niveles de cumplimiento y naturaleza de los derechos

Los capítulos muestran grados enormemente diferentes de cumplimiento (mínimo, parcial y pleno) y de velocidad en el cumplimiento (rápido, moderado y lento); esto se complementa con las variaciones, incluso más significativas, relativas a los impactos generales y la velocidad a la que ocurren estos cuando se miden esos fenómenos. Es pertinente señalar que, en contra de lo expuesto por algunas obras académicas, la evidencia no indica que la implementación de las decisiones sobre DESC sea más difícil que la de los derechos civiles y políticos. El patrón general para los dos conjuntos de derechos muestra una

variación formidable.¹³ Çali y Koch, y Viljoen demuestran la existencia de esa variación en este libro; también la muestran los estudios que recogen datos agregados sobre tribunales internacionales (Hillebrecht, 2014; Voeten, 2014) y sobre tribunales nacionales de distintas partes del mundo, de Estados Unidos a Nepal (Songer y Sheehan, 1990; Langford y Bhattherai, 2011).

Por contraposición, un mejor lugar para comenzar el análisis sería la naturaleza de las obligaciones o, más en concreto, la naturaleza de las órdenes. La complejidad de la orden, en cuanto a su ámbito y número de demandados, así como sus costos relativos (materiales y políticos) parecen ser importantes. Los resultados con respecto al cumplimiento reflejan una comprensión más sutil y contemporánea de los derechos, que acepta que los derechos civiles y políticos conllevarían obligaciones complejas y positivas, y que los DESC también implican obligaciones negativas directas y claras (Eide, 1987; Shue, 1980). En el caso de Costa Rica, Wilson y Rodríguez concluyen que cuando las sentencias sobre DESC deben ejecutarse con cierta inmediatez, la tasa de cumplimiento parece ser significativamente más alta.

Sin embargo, la complejidad es solo un factor. Algunos remedios complejos fueron implementados con mayor rapidez que otros más simples, cuando los costos políticos, o incluso materiales, eran inferiores. Langford y Kahanovitz muestran cómo la sentencia “Modderklipp”, que requería soluciones de vivienda para unos 40.000 moradores de asentamientos informales, se implementó rápidamente debido a los incentivos económicos integrados en la medida judicial. Rodríguez Garavito muestra el crecimiento excepcional del apoyo financiero a las personas desplazadas internamente en Colombia, después de una sentencia estructural, posiblemente porque los costos del incumplimiento eran altos (y también por la naturaleza de la medida judicial, como se verá después).

Tamaño del caso

Varios de los autores de este libro vinculan el cumplimiento al tamaño del caso (medido por el número de litigantes), que puede clasificarse como individual, medio o colectivo (estructural). Sin embargo, cuando se analizan los diferentes capítulos se observa que la relación entre el grado de cumplimiento y el tamaño del caso no es lineal ni unidireccional.

13 Grewal y Voeten (2012, p. 3) usan el mismo adjetivo para describir la velocidad del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo.

Sigal, Morales y Rossi argumentan que el reto del cumplimiento aumenta con el tamaño del caso. En su análisis de las tres clases de casos encuentran que una combinación de aumento de los costos (políticos y financieros) y una mayor complejidad de las medidas judiciales adoptadas hace significativamente menos probable el pleno cumplimiento. Sin embargo, el problema podría compensarse por la presencia de un tribunal activo y procedimientos de ejecución específicos, que apremien o conminen a un demandado a cumplir. En su capítulo sobre Brasil, Ferraz llega a una posición parecida. Incluso en los pocos casos estructurales de grandes dimensiones, que consiguen decisiones favorables, el cumplimiento no se produce enseguida; los demandantes tienen que volver a los tribunales como litigantes individuales, una estrategia con más éxito en Brasil. Las órdenes colectivas acaban esencialmente transformadas en órdenes individuales, que no requieren los recursos políticos y financieros necesarios para emprender reformas estructurales. Los tribunales tienen menor disposición y capacidad para traducir las normas abstractas de la Constitución en órdenes específicas para el Estado cuando la cuestión decidida es de una naturaleza compleja y de una dimensión mayor, mientras que, en cambio, las órdenes individuales son mucho menos complejas de ejecutar. En el ámbito regional, Viljone también encontró que los casos en los que solo había un demandante producían un mayor cumplimiento que aquellos que se ocupaban de violaciones masivas de derechos.

En cambio, varios capítulos llegan a la conclusión contraria: el uso estratégico de los tribunales fue un arma especialmente eficaz para superar las barreras que encontraban las personas cuando deseaban hacer uso de derechos. En el caso de los derechos de personas internamente desplazadas en Colombia, Rodríguez Garavito sostiene que las demandas judiciales individuales produjeron niveles deficientes de cumplimiento y un Estado que no trataba las causas subyacentes de las carencias. La decisión de la Corte Constitucional colombiana de enfocar el caso recurriendo al activismo dialógico aumentó los costos políticos y afectivos del incumplimiento y fue crucial para el cambio. Transformó el caso en una sentencia estructural, cuyos destinatarios eran los millones de personas internamente desplazadas en Colombia; esa decisión ha tenido un gran impacto. Asimismo, el capítulo sobre India subraya la efectividad de una demanda judicial estructural sobre el derecho a la alimentación, cuyo ámbito potencial era toda la nación, y el capítulo sobre Sudáfrica señala el mayor éxito en general de los casos estructurales que afectan a todo el país (como la Treatment Action Campaign) comparados con los casos individuales y de tamaño medio (como las demandas judiciales sobre vivienda urbana).

Hay una tercera posición mostrada por los autores que refutan la dicotomía entre casos individuales y colectivos: algunos casos individuales sientan un precedente. Un tribunal o un demandado transforman, en la práctica, una orden que afecta a un individuo concreto en una sentencia colectiva con efectos *erga omnes*. Si bien el grado y la velocidad del cumplimiento (o sus efectos) pueden variar en ese tipo de órdenes, hay varios casos que han provocado reformas significativas de la política pública y la práctica. Eso fue usual sobre todo en las demandas judiciales sobre VIH-sida en Costa Rica, y cabría defender que ocurrió antes en Brasil en relación con el acceso a los medicamentos antirretrovirales (Hoffman y Bentes, 2008). Porter analiza de forma explícita cómo algunos casos individuales en Canadá — como *Eldridge*, un caso relativo al acceso de pacientes sordos a servicios de interpretación en los hospitales — han generado efectos sistémicos importantes.

Una cuarta posición es diacrónica y se concentra en la dinámica a largo plazo del cumplimiento en diferentes tipos de casos. Por ejemplo, en Colombia las demandas judiciales individuales con respecto a los derechos a la salud, aunque eran exitosas, habían saturado a los tribunales y al sistema de salud a mediados de la década del 2000. El cumplimiento sostenido solo era posible mediante alguna forma de intervención estructural que se ocupara de esa falacia de composición. El dilema puede analizarse mediante la tipología de costos de Brinks; los costos afectivos asociados con el incumplimiento en casos individuales eran grandes, mientras que los costos financieros eran pequeños (aunque agregados fueran enormes). Al mismo tiempo, los defensores de los derechos no han podido encontrar estrategias exitosas que reduzcan los costos políticos y financieros de las reformas estructurales necesarias para frenar el flujo de casos individuales de salud (Rodríguez Garavito, 2014).

Movilización social en torno al caso

En la mayoría de los ejemplos considerados, garantizar el cumplimiento era un reto, a menudo mayor que ganar el caso y obtener una sentencia favorable. Entre los factores que aumentan la probabilidad del cumplimiento, el más citado fue el grado de movilización social en torno al caso. Como lo expresa Brinks, la movilización social aumenta los costos políticos y afectivos del incumplimiento. Casi todos los capítulos señalan la importancia de esta dimensión del cumplimiento relacionada con “el lado de la demanda”.

En el ámbito internacional, la movilización social es un elemento crítico, como es obvio. Los tribunales y los órganos cuasi judiciales

internacionales están atados de manos en su capacidad de ordenar medidas coercitivas ante el incumplimiento. Tras estudiar la implementación de las decisiones en el sistema africano de derechos humanos, Viljoen concluye que “hay indicios sólidos de que la implementación se refuerza por la participación y el involucramiento continuos de ONG y grupos comunitarios locales que intervengan en el caso y que actúen con el apoyo de la sociedad civil internacional”. Cabal y Phillips encuentran que, en el contexto de los casos sobre derechos reproductivos, los socios nacionales tienen “un papel importante a la hora de movilizar la atención pública sobre estos problemas mediante el uso estratégico de los medios de comunicación, la formación de coaliciones y otras estrategias dirigidas a elevar la conciencia sobre el problema”. Çali y Koch atribuyen una gran importancia a la participación de organizaciones y grupos no gubernamentales en el proceso de implementación de las decisiones internacionales, lo que aumenta el costo del incumplimiento para los Estados demandados: “Mediante la supervisión y la difusión pública de las medidas adoptadas por los Estados en respuesta a sentencias supranacionales de derechos humanos, las organizaciones no gubernamentales pueden exponer todavía más el comportamiento de los Estados que intentan limitar el proceso de cumplimiento tratando solo superficialmente los problemas relevantes”. Además, argumentan que una mayor participación de las organizaciones no gubernamentales en la etapa de ejecución de las sentencias, incluida la formulación y supervisión de las medidas judiciales, es fundamental para influenciar los procesos nacionales de cumplimiento. Esto resulta especialmente importante, según ellas, cuando los procesos judiciales afectan a comunidades marginadas y grupos desfavorecidos que tienden a ser ignorados por los Estados demandados, o cuando las medidas judiciales implican costos de cumplimiento elevados que no son obvios para el público.

La movilización social aparece como una variable igualmente esencial en el ámbito nacional, aunque los tribunales nacionales tengan un mayor poder coercitivo. Chitalkar y Gauri identifican la aparición de un movimiento social por el derecho a la alimentación en la década del 2000 como un factor clave para explicar la mayor efectividad de las demandas judiciales relativas a las hambrunas, en comparación con las de décadas anteriores. Según Shanor y Albisa, la variación con respecto al cumplimiento de las decisiones judiciales sobre derecho a la educación entre los estados de Estados Unidos depende en gran medida de la capacidad de los demandantes de ejercer presión política continuada a lo largo del tiempo. Las demandas judiciales sin movimientos sociales amplios que las apoyen, como ocurre en Texas, no son

necesariamente útiles ni llevan a cambios importantes, mientras que las demandas impulsadas o apoyadas por organizadores sociales profesionales pueden convertir las sentencias en política legislativa, como ocurrió en Nueva York, o si existen movimientos sociales grandes, bien organizados, pueden generar cambios muy importantes, como en Kentucky. El estudio de caso argentino subraya la importancia crucial de la participación activa de los demandantes y del apoyo de alianzas estratégicas entre organizaciones de derechos humanos, centros de investigación, agrupaciones religiosas y otras organizaciones sociales con capacidad activista y de movilización social.

Una característica específica de los capítulos es el enfoque preciso con respecto a qué queremos decir con movilización social. Los arquetipos de movimientos sociales nacionales a gran escala, como los sindicatos o las asociaciones profesionales o sociales, que se movilicen en torno a sentencias de gran valor simbólico, no siempre son viables o necesarios para conseguir el cumplimiento.¹⁴ Los capítulos sobre tribunales nacionales subrayan, por tanto, la calidad de las diferentes dimensiones en el campo relativo a la sociedad civil. De especial importancia parecen ser el grado y el alcance de la movilización interna entre los litigantes, la fortaleza del liderazgo en las comunidades afectadas y la clase de alianzas en la fase de cumplimiento forzoso.

El capítulo sobre Sudáfrica le da una especial relevancia a la calidad organizativa de los demandantes y sus aliados, sobre todo en ausencia de un movimiento social nacional de actuación centralizada y relevante. Las comunidades bien organizadas, con un liderazgo fuerte, poder de resistencia, y alianzas con ciertos movimientos sociales o élites (por ejemplo, académicos, abogados dedicados al derecho de interés público o políticos) tienen asegurados los mayores beneficios de sus victorias en las salas de los tribunales (Langford y Kahanovitz, en este libro). Cuando se examinó la variación de grados de cumplimiento en ocho casos relacionados con el derecho a la vivienda, se destacó el papel de la naturaleza de la movilización social por las diferentes comunidades.

Órdenes judiciales y supervisión

Muchos capítulos se ocupan del “lado de la oferta” de la fórmula del cumplimiento. Esto abarca la elección de las medidas judiciales y las competencias más generales de los tribunales y los órganos cuasi judiciales para asegurar el cumplimiento. Muchos académicos del derecho

¹⁴ Para un análisis en detalle de este punto, véase Dugard y Langford (2011).

y organizaciones han defendido el uso intensivo de medidas coercitivas y de supervisión continuada con el fin de garantizar el cumplimiento de las decisiones sobre derechos políticos y civiles y sobre DESC (Mbazira, 2008b; OSJI, 2010). Varios autores reportan el uso de sanciones judiciales, como amenazas de recluir en prisión a los funcionarios que incumplan las órdenes, pero tienden a subrayar el seguimiento judicial de la implementación de los casos de naturaleza más colectiva. Es interesante señalar que la supervisión judicial fue considerada relevante, no solo cuando no había voluntad política, sino también cuando los Estados carecían de capacidad para implementar las decisiones, en especial cuando había problemas de coordinación planteados por la presencia de múltiples demandados. Además, la participación del tribunal después de las sentencias fue también una característica de los casos en los que la movilización social era especialmente fuerte, sugiriendo que las sentencias rara vez aseguraban su propio cumplimiento y que eran importantes estrategias dirigidas tanto a la oferta como a la demanda.

Las formas fuertes de seguimiento fueron relativamente raras en los estudios de caso. Parece que el uso de mandatos estructurales, órdenes detalladas o comisiones de seguimiento no se ha popularizado mucho más allá de Estados Unidos. La excepción más notable es India. En los procesos judiciales sobre derecho a la alimentación, Chitalkar y Gauri muestran que el uso de audiencias continuas (que generaron más de 55 órdenes provisionales), la participación judicial cercana y el nombramiento de comisionados fueron esenciales para que el tribunal consiguiera garantizar un grado relativamente alto de cumplimiento, e incluso para mejorar la calidad de las órdenes a lo largo del tiempo, mediante el mecanismo de retroalimentación incorporado al proceso. A una conclusión similar llega el reciente estudio de Rodríguez Garavito (2017) sobre quince años de litigio sobre el derecho a la alimentación en India. Por su parte, la Corte Constitucional de Sudáfrica no ha seguido este modelo, pero los tribunales inferiores han utilizado ese enfoque con distintos grados de éxito, como muestran Langford y Kahanovitz, en algunos casos de derechos a la vivienda y a la seguridad social.

Sin embargo, con base en el marco analítico del capítulo de Rodríguez Garavito, los autores señalan altos niveles de cumplimiento cuando las instancias de seguimiento son mucho más reflexivas, experimentales y dialógicas.¹⁵ Ese comportamiento va desde declaraciones de validez condicionada, que proporcionan al demandado un plazo para proponer un remedio, hasta el uso de medidas muy generales a las

15 Para un análisis de estas formas de remedios, véanse Roach (2004), Sabel y Simon (2004) y Dorf (2003).

que se les da un contenido concreto solo mediante actas de conciliación entre las partes, aprobadas por el juez. Las declaraciones de inconstitucionalidad condicionada fueron usadas regularmente en Canadá, la supervisión continuada fue más común en Colombia y Argentina, y ambas formas han sido usadas por los tribunales estadounidenses en casos relativos al derecho a la educación.¹⁶ En Sudáfrica, los tribunales de cierre y los inferiores han recurrido a formas más morigeradas de experimentación, dentro de los procedimientos iniciales, que han desembocado en actas de conciliación sancionadas por un juez y en acuerdos extrajudiciales que han ocasionado varias innovaciones en la política pública.

Los autores identifican dos razones por las cuales los remedios judiciales dialógicos, abiertos o deliberativos fueron usualmente efectivos (aunque no siempre). La primera es que permiten al demandado diseñar formas más eficientes y menos costosas de conseguir los fines de la demanda judicial, en comparación con las que diseñaría un juez con experiencia e información limitadas en el área de la política pública. Por tanto, no solo es probable que un enfoque reflexivo que reconozca competencias institucionales diferenciadas ayude a abordar las preocupaciones sobre la legitimidad y la competencia del tribunal para decidir sobre DESC, sino que también puede mejorar el cumplimiento. Si un organismo público interviene en el diseño de la solución del problema identificado en el proceso judicial, será más probable que implemente esa solución en lugar de resistirse a ella. Shanor y Albisa muestran cómo es más probable que los esfuerzos por reformar la educación tengan éxito cuando los tribunales dan participación a los funcionarios locales en el diseño de las reformas.

Esta experiencia con los DESC reproduce la de algunos tribunales centrados en los derechos civiles y políticos. Çali y Koch describen ese proceso deliberativo, administrado por los propios Estados, que lleva a un mayor cumplimiento en el caso de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El proceso de seguimiento ha tenido efectos fundamentales en la dinámica del cumplimiento nacional, porque “permite a los Estados evaluar qué medidas es necesario tomar para remediar las violaciones de los derechos”, también lleva “a los Estados [a] apropiarse más de las decisiones sobre el cumplimiento y aumenta así la legitimidad del proceso a los ojos de los Estados demandados”, y proporciona una garantía para “compensar” las “reacciones contra el cumplimiento” nacionales. Dobrushy y Alexandridis subrayaron el importante papel del Tribunal Europeo en el seguimiento a la escasa

16 Sobre este último punto, véase Heise (1995).

implementación de las decisiones internacionales y nacionales sobre los derechos de los romaníes.

La segunda razón es que el proceso de supervisión proporciona un claro espacio para la movilización social. Como señala Brinks, los grupos afectados pudieron usar esos procesos como puntos focales y plataformas para la actividad política organizada continua. En Colombia, la etapa de seguimiento permite que los representantes de las partes afectadas adquieran información y produzcan propuestas (en última instancia soluciones) con mayores probabilidades de éxito y que permitan un reexamen periódico del cumplimiento; también que se dé publicidad al caso, y se impongan costos por retrasos y fallas con respecto al cumplimiento (Rodríguez Garavito). Además, tras la decisión Doucet-Boudreau en Canadá, Porter señala que: “la responsabilidad continuada frente al cumplimiento quedó garantizada por el calendario de sesiones informativas ante el tribunal [...]. La jurisdicción continuada de los tribunales no usurpa los procesos democráticos. Más bien, apoya y refuerza los procesos participativos que son requeridos para implementar, en muchas circunstancias, remedios efectivos y apropiados frente a las violaciones”.

Según Brinks, cuando falló la supervisión continuada, en especial en los casos sobre romaníes, se debió a que la entidad a cargo de la supervisión fue débil, cuando no cómplice, y, por tanto, la comunidad afectada fue incapaz de crear oportunidades políticas a partir del proceso de cumplimiento supervisado. Por ejemplo, aunque el Comité Europeo de Derechos Sociales encontró una violación de los derechos a la vivienda de los romaníes en parte de Grecia, el Consejo de Ministros, que se supone que es la entidad a cargo de supervisar e implementar lo decidido por el CEDS, no tomó ninguna acción efectiva de seguimiento de la decisión. Grecia no realizó ningún cambio real a sus políticas, más allá de derogar las normas infractoras más gravemente cuestionadas (Dobrushí y Alexandrinis, en este volumen). La supervisión continuada también falló en algunos casos en Sudáfrica, cuando la comunidad afectada no tuvo los recursos organizativos para capitalizar el interés continuo del tribunal (Langford y Kahanovitz). Por otro lado, parece ser que en Canadá la supervisión continuada de la Corte Suprema generó por sí misma cierta resistencia (Porter). Por tanto, es probable que el seguimiento continuado del cumplimiento por un tribunal funcionará mejor para aquellos intervinientes en el proceso que tienen alguna capacidad de organización, en un contexto político en el que es posible que los políticos incurran en costos si no atienden las necesidades reconocidas en el proceso judicial.

Posición social del grupo afectado

Un factor subyacente, y en cierta forma inmutable, es la posición pública de los demandantes. Ahí parece haber retos especialmente grandes para la implementación de sentencias que deben superar prejuicios contra minorías étnicas y otros grupos muy estigmatizados. Como lo expresa Brinks, cuando los demandantes son pobres y están excluidos del proceso político, o son “en otro sentido menos capaces de ejercer presión política, deberíamos esperar una menor probabilidad de cumplimiento con independencia del costo del mismo, simplemente porque esos demandantes tienen un menor capital político colectivo”.

Dobrushí y Alexandrinis creen que la principal razón del fracaso persistente y recurrente en la implementación de las decisiones favorables a los romaníes no es otra que la identidad étnica de los demandantes: su pertenencia a un grupo social marginado y a menudo despreciado, un grupo que no tiene influencia económica o política para exigir que se pongan en marcha las decisiones o los programas a su favor, o al menos para conseguir el apoyo de otros grupos sociales o fuerzas políticas para ello.

Otro ejemplo sorprendente es la demanda de la Treatment Action Campaign (Campaña de acción para el tratamiento) en Sudáfrica, orientada a conseguir medicamentos antirretrovirales para los prisioneros. En varios aspectos, el caso Westville reunía muchos de los criterios mencionados: estuvo respaldado por uno de los movimientos sociales más fuertes del país, el Tribunal Superior dictó órdenes enérgicas y reiteradas, y el remedio judicial no era particularmente complejo ni costoso económicamente. Sin embargo, como muestran Langford y Kahanovitz, las autoridades carcelarias siguen negándose a cumplir la sentencia. Parece ser que los costos políticos del incumplimiento y de no proteger a ese grupo eran especialmente bajos o que el clima normativo para reconocer los derechos del grupo era muy débil.

No obstante, algunos autores señalan demandas judiciales que tuvieron éxito a pesar de la impopularidad de los demandantes. Como explican Wilson y Rodríguez, en la década de los noventa, las personas LGBT en Costa Rica fueron uno de los grupos más estigmatizados del país, pero la Corte respaldó sus demandas para recibir medicamentos contra el VIH-sida y el cumplimiento fue bastante directo. Eso indicaría que para grupos marginados que tienen poca influencia en los procesos democráticos, los tribunales pueden proporcionar un foro receptivo y efectivo para la promoción de sus derechos sociales. Sin embargo, Wilson y Rodríguez argumentaron que el cumplimiento se

benefició del enfoque gradual de la Corte con respecto al desarrollo jurisprudencial, y de la inmediatez de las órdenes de ese tribunal.

Mejoras del cumplimiento

Las explicaciones resultantes de los estudios, obviamente, indican estrategias futuras para mejorar el cumplimiento, aunque hay ciertas limitaciones claras en cuanto a su factibilidad; algunas de estas son internas a los propios procesos judiciales. Los autores recomiendan examinar las estrategias específicas y conscientes de los demandantes, los tribunales y los gobiernos para mejorar el nivel de cumplimiento. Muchos de los demandantes buscan estructurar las órdenes en formas que sean más o menos coercitivas, coherentes con los incentivos políticos o burocráticos, o con los marcos normativos dominantes, para que se alcancen mediante un proceso de diálogo o persuasivo y, por tanto, maximicen los intereses coincidentes con los de las élites encargadas del cumplimiento. Otras estrategias son externas con respecto a los procesos judiciales. Entre ellas están los intentos por generar un marco determinante para el cumplimiento, desarrollar nuevos marcos jurídicos que aumenten la probabilidad de cumplimiento o crear instituciones para la supervisión y la implementación.

Es probable que la amplia variedad de soluciones probadas en jurisdicciones de todo el mundo sea un recurso importante para los litigantes que intentan resolver el mismo problema en sus propios casos (OSJI, 2010, 2013; Rodríguez Garavito y Kauffman, 2014). Al mismo tiempo, las estrategias responden a factores y retos específicos de cada caso y país, y al contexto respectivo, compuesto por factores jurídicos, socioeconómicos, políticos, relativos a la sociedad civil y de otras clases. Además, es improbable que una sola estrategia sea efectiva por sí misma. Por ejemplo, Sigal, Morales y Rossi estudian con detalle el tamaño y la complejidad de cada caso, la posición judicial y la movilización social, y, sin embargo, rara vez le dan una prioridad absoluta a una variable sobre otra. Aunque las variables y las estrategias se examinan independientemente, es evidente que interactúan y su combinación puede producir resultados no anticipados cuando se las considera de manera aislada.

De esta y otras reflexiones de este libro cabe extraer una lección importante: antes de iniciar un proceso judicial es esencial considerar todos los factores relevantes que probablemente afectarán el cumplimiento de una decisión final. Entre ellos están consideraciones presupuestales, costos políticos, percepción del caso por el público, alineaciones ideológicas entre la cuestión demandada, la posición del

poder ejecutivo con respecto a ella, el nivel de complejidad de la decisión, etc., y habrá que concentrarse en determinar qué factores acabarán siendo retos para el cumplimiento. Otra forma de expresarlo es que las estrategias cubiertas en este libro muchas veces fueron diseñadas para superar los retos relativos a: a) el nivel y la forma de movilización social y de participación pública, en particular la de aquellos cuyos derechos hayan sido violados, en los procedimientos; b) la clase apropiada de demanda judicial en términos de tamaño y complejidad de las medidas judiciales pretendidas, y c) cómo garantizar que la multiplicidad de costos del cumplimiento (financieros, políticos, afectivos), lo favorezca. Algunas de estas estrategias los consideran por separado, aunque muchas de ellas intentan abordar varios de esos retos a la vez. Además, los retos al cumplimiento en el ámbito internacional son diferentes y requieren diversas estrategias para alcanzarlo. Nos ocupamos ahora de algunas de esas cuestiones generales.

La movilización de la sociedad civil para mejorar el cumplimiento

Entre los factores principales que muchos de los autores de este libro identificaron como importantes, cuando no determinantes, para la implementación de algunos casos sobre DESC, están el trabajo y el activismo de los movimientos sociales. Porter argumenta que: “las violaciones de los derechos sociales son, en general, el resultado de fallas del control democrático y de poca inclusión social”; por tanto, “para que las medidas dirigidas a solucionar las violaciones de derechos sociales se ejecuten de manera tal que mejoren el disfrute de esos derechos, deberán basarse en [...] el empoderamiento de las comunidades marginadas para que intervengan ese proceso”.

Suponiendo que queramos la movilización social para aumentar los costos políticos y afectivos del incumplimiento, Langford y Kahanovitz argumentan que “a veces, la cuestión no es *más* sociedad civil, sino *mejor* sociedad civil”. Shanor y Albisa van más allá e identifican como cruciales para la movilización social efectiva “redes sólidas, comités, desarrollo de liderazgo y reclutamiento de miembros competentes y respetados de la sociedad, estrategia, recursos, tácticas, conciencia sobre los derechos y comprensión del problema social, y también relaciones con los medios de comunicación” e, idealmente, que dichos factores hagan parte de una estrategia política más amplia, previa a los procesos judiciales.

Sin embargo, como señalan Langford y Kahanovitz, la movilización social no es un remedio mágico que garantice el cumplimiento de

las decisiones sobre derechos sociales, y debería considerarse en conjunto con otras estrategias. Incluso Shanor y Albisa, los autores de este libro que más defienden la movilización social, señalan que su éxito depende de factores externos como: la respuesta de los medios de comunicación, la receptividad del público, las formas previas de entender el problema, el panorama político y económico, entre otros. Por ejemplo, a la hora de considerar si adoptar una estrategia que recurra a los movimientos sociales para mejorar el cumplimiento, y cómo hacerlo, Langford y Kahanovitz sugieren que deberían tenerse en cuenta diversos elementos del caso específico, incluido el “localismo” del caso, su lejanía del público o su impopularidad. Con casos lejanos o locales, la movilización puede ser inviable y será muchas veces necesario un apoyo judicial o político continuo.

Ajustar la estrategia de litigio al tamaño y la complejidad del caso

Muchos autores de este libro llaman la atención sobre los diferentes efectos producidos por el tamaño del caso, a veces con respuestas enfrentadas a la pregunta de qué casos tienen mayor probabilidad de cumplimiento. Sigal, Morales y Rossi, y Ferraz argumentan que el cumplimiento se hace más difícil a medida que aumenta el tamaño del caso, aunque Wilson y Rodríguez, y Rodríguez Garavito concluyeron lo contrario. En cualquier caso, las razones que cada uno identifica para el cumplimiento o el incumplimiento son útiles para diseñar estrategias que mejoren el cumplimiento en casos individuales.

Porter aconseja a los defensores de derechos reflexionar sobre los fines y resultados concretos a corto, mediano y largo plazo cuando diseñen una estrategia jurídica. La consideración de estos fines, conjuntamente con las experiencias de diferentes casos (individuales, medianos, estructurales) en el sistema jurídico de un país concreto, debería llevar a una estrategia jurídica sólida. Por tanto, según Sigal, Morales y Rossi,

...si esperamos solucionar a corto o mediano plazo un problema que afecta a un individuo o un grupo de personas, es probable que la opción más adecuada sea un caso mediano. Si el objetivo es influenciar la política pública con respecto a un tema específico, debería suponerse que, en países con debilidades institucionales, es probable que a corto y mediano plazo haya que dedicar los esfuerzos a generar las condiciones institucionales previas, y más adelante a la reparación de derechos violados.

En cambio, en los países con tribunales fuertes, activistas, capaces de supervisar el proceso de implementación, un caso estructural puede ser exitoso para cambiar la respectiva política pública.

Para los casos que están en la última categoría descrita por Sigal, Morales y Rossi (casos con objetivos de gran repercusión, pero en un entorno de baja calidad institucional para hacer cumplir las decisiones judiciales que lleven a esos objetivos), Brinks ofrece una estrategia para asegurar que los costos políticos favorezcan el cumplimiento. Sugiere comenzar con casos individuales “hasta que un derecho esté bien establecido y haya sido aceptado por el público”. Por tanto, las “órdenes limitadas, bien dirigidas, y la amenaza de sanciones menores de un tribunal a burócratas de rango inferior” pueden usarse para elevar los costos del incumplimiento en los primeros casos y “una vez que el derecho ha sido ampliamente aceptado, podría intentarse un caso colectivo más importante, con costos presupuestales mucho más altos, confiando en que oponerse públicamente a un derecho bien establecido en un caso importante puede generar costos políticos mucho más altos”.

Medidas judiciales reflexivas

Según Dorf (2003, p. 397), las aproximaciones reflexivas a una decisión judicial “son más apropiadas para cuestiones sobre las que existe consenso acerca de los objetivos o principios generales, pero hay incertidumbre sobre los medios”. Su explicación también subraya el elemento adaptativo del uso de los tribunales y el espacio para el diálogo y la experimentación: “Los estándares de desempeño mejoran progresivamente según la experimentación local muestra qué es posible” (p. 399).

En su capítulo, Rodríguez Garavito propone una estrategia de ese tipo, pero con el objetivo de mejorar el cumplimiento de los DESC, un enfoque que ha utilizado con éxito la Corte Constitucional colombiana en varios casos. Lo llama “activismo dialógico” y describe sus tres características definitorias: una declaración fuerte de los derechos en cuestión; un objetivo claro que el Gobierno debe conseguir, estableciendo guías claras para medir el cumplimiento, pero dejando las decisiones sobre política pública relativas a cómo alcanzar esos fines a las ramas electas del poder, y, por último, el seguimiento judicial activo de la implementación de las órdenes mediante mecanismos participativos, que incluyen oportunidades amplias para que todos los interesados relevantes participen en el proceso de implementación, profundicen la deliberación democrática y mejoren la relevancia de las intervenciones del tribunal.¹⁷

Ese enfoque con respecto a las demandas judiciales y el seguimiento tiene mayor potencial de conseguir mejor cumplimiento y más

17 Véanse también Rodríguez Garavito (2011, 2017) y Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015).

impacto de las decisiones judiciales. Como se analizó, supera dos importantes obstáculos para el cumplimiento: a) garantizar la movilización y la participación social por parte de quienes han visto violados sus derechos, y b) aumentar los costos políticos y afectivos del incumplimiento. Sin embargo, usar remedios moderados o blandos tiene riesgos, como afirma Brinks, quien también ofrece algunas consideraciones estratégicas sobre su uso. Señala que una orden basada en principios debería usarse solo cuando el caso genera costos afectivos que favorecen el cumplimiento (lo que se ajusta al argumento de Dorf de que las medidas experimentales únicamente son apropiadas cuando hay un acuerdo amplio sobre los fines); en cambio, las órdenes específicas pueden ser más efectivas en casos con costos afectivos negativos asociados con el cumplimiento.

Un segundo reto es convencer a los tribunales para que se muevan hacia formas más reflexivas y experimentales de decisión judicial. El deseo de reformar los procedimientos judiciales varía enormemente de un país a otro y es, en parte, resultado de la dependencia generada por procesos previos (*path dependency*). Algunos tribunales se han visto obligados a desarrollar nuevas clases de medidas por necesidad: el desarrollo de los requerimientos estructurales en Estados Unidos fue en parte resultado de los procesos judiciales sobre insolvencia del siglo XIX (Sabel y Simon, 2004). Igualmente, hay variaciones entre los tribunales con respecto a su voluntad de aprender de enfoques experimentales de otros lugares. Compárese, por un lado, los recientes intentos de los jueces keniatas para aplicar remedios dialógicos después de un diálogo con Colombia con, por otro lado, la significativa reticencia de la Corte Constitucional sudafricana a innovar en sus medidas de seguimiento. Uno de los principales factores es la energía judicial requerida por el activismo dialógico continuado, que varía significativamente de un juez concreto a otro, como muestran las experiencias de Sudáfrica (por ejemplo, el caso Rudolph analizado por Langford y Kahanovitz), Nepal e incluso Colombia. Por tanto, los defensores de los derechos deberían ser cuidadosos con respecto a la frecuencia con la que solicitan esa clase de medidas y la frecuencia de las audiencias de seguimiento.

Estrategias para mejorar el cumplimiento de las decisiones internacionales

Muchos de los obstáculos a la implementación de las decisiones sobre DESC en el ámbito regional e internacional son diferentes a los existentes en el ámbito nacional. En el internacional, los obstáculos presentes en el entorno nacional pueden ser irrelevantes, más fuertes, o

desenvolverse de manera diferente. Por ejemplo, como menciona Viljoen, las preocupaciones con respecto a la naturaleza antidemocrática de tales órdenes judiciales son más fuertes en el ámbito nacional, que tiene un efecto más inmediato en la implementación, puesto que los funcionarios de alto rango no tienen reparos en rechazar públicamente las decisiones de los tribunales internacionales.

Esas diferencias con respecto a los obstáculos que enfrenta el cumplimiento llevan a adoptar diversas estrategias para mejorarlo, aunque algunas maniobras nacionales son adaptables al ámbito internacional. Varias de las conclusiones de Viljoen con respecto a los factores que influyen en la probabilidad de cumplimiento proporcionan un puente útil para identificar el problema de cómo desarrollar estrategias concretas para aumentar el cumplimiento de decisiones internacionales sobre DESC. Según Viljoen, y también Çali y Koch, un sistema de gobierno estable, abierto y democrático es propicio para el cumplimiento. Los esfuerzos de supervisión de la sociedad tienden también a producir niveles más altos de cumplimiento. Además, el grado de implementación de las decisiones internacionales es mayor cuando las actividades de seguimiento y supervisión del órgano internacional aumentan.

Aunque el establecimiento de una democracia libre y abierta es un requisito para la implementación, y conseguir eso está más allá de la capacidad de la mayoría (o de todos) los defensores de los derechos humanos, se pueden aprovechar otros factores. Así, los defensores de los derechos deberían considerar, cuando se seleccionan los casos, cómo hacer un mejor uso de la movilización social, según se explicó, y también cómo sus fines conectan con consideraciones sobre el tamaño y la complejidad del caso, y sobre los remedios buscados. Además, las conclusiones de Viljoen indican que los sistemas de derechos humanos que sufren de bajos niveles de cumplimiento deberían asumir funciones de seguimiento activas y creativas. En cambio, Çali y Koch proponen que en contextos en los que la legitimidad del órgano de derechos humanos no es cuestionada, un enfoque más deliberativo, que conceda a los Estados libertad sobre los medios para reparar las violaciones en sus propios términos, puede ser más efectivo.

Asimismo, como se mencionó, los Estados separan muchas veces su política exterior de su política nacional, lo que complica la implementación de las órdenes de los tribunales internacionales. Los agentes del Estado que aparecen ante los órganos regionales o internacionales representan con frecuencia a los ministerios de Asuntos Exteriores, que suelen ser parte de la rama ejecutiva del Gobierno. Por tanto, cuando un órgano internacional de derechos humanos dicta órdenes para cambiar la política nacional, muchas veces los mismos agentes

del Estado que han aparecido ante esos tribunales no tienen capacidad para ejecutar esos cambios. Es crucial para los Estados conectar a los funcionarios que los representan ante los tribunales regionales con los funcionarios nacionales que tienen autoridad para realizar cambios de política pública nacional a fin de implementar tales decisiones. Esos mecanismos pueden tomar varias formas y pueden diferir en sus niveles de cobertura integral y permanencia, desde modelos integrales de implementación, como las normas adoptadas por Perú y Colombia, hasta programas diseñados para aumentar la coordinación entre los agentes relevantes del Estado, como ha hecho el Reino Unido, o incluso la utilización de comités interministeriales *ad hoc* para implementar decisiones en casos específicos, como han hecho Polonia y Rumania.

De las conclusiones de Viljoen sobre participación de la sociedad civil e involucramiento del órgano internacional durante la etapa de seguimiento se derivan otras rutas para el cumplimiento. El capítulo de Abramovich describe varias estrategias de implementación que ha usado la Corte IDH y que ilustran esas conclusiones. En primer lugar, la Corte emite órdenes de cumplimiento que establecen plazos para la acción estatal, requieren a las partes acciones que considera necesarias para lograr el cumplimiento de una decisión y se concentran en los asuntos de mayor preocupación. Esas órdenes están a menudo basadas en información y solicitudes efectuadas por los demandantes y, por tanto, proporcionan una oportunidad excelente para que los demandantes se involucren en la etapa de seguimiento y presionen al Estado a cumplir con la decisión de la Corte. La Corte usa también audiencias de cumplimiento, que funcionan de manera parecida a ciertos aspectos del activismo dialógico en el ámbito nacional, puesto que proporciona un espacio para la negociación entre el Estado y el demandante, al tiempo que su presencia en ellas soluciona los potenciales desequilibrios de poder entre las partes.

Conclusiones: ¿hacia un impacto transformador?

Desde la perspectiva de un uso estratégico, más que individual, de los tribunales, el impacto es el premio mayor. Es interesante que muchos de los capítulos revelan efectos directos e indirectos importantes, que se generaron a pesar de un cumplimiento mínimo o parcial de la orden concreta. El uso de los tribunales es un acto político y puede tener consecuencias varias para la política pública, los debates políticos y las percepciones sociales. En la medida de lo posible, es importante que los defensores de los derechos estén orientados hacia la maximización

de los efectos generales tanto como al cumplimiento en los casos individuales.

Es paradójico que algunos autores expresen su preocupación con el hecho de que el pleno cumplimiento no siempre tenga efectos transformadores y redistributivos. Como señala Porter, “es crucial que las estrategias de uso de los tribunales desarrollen remedios ejecutables que se ocupen de la necesidad de prácticas transformadoras de derechos sociales, en contraposición a remedios judiciales puntuales, enmarcados en el reconocimiento de derechos existentes”. Asimismo, a la luz de la experiencia brasileña con las decisiones judiciales sobre derechos a la salud, Ferraz cuestiona el modelo de demandas individuales porque solo se ocupa de reclamaciones individuales y puede reforzar en lugar de disminuir las desigualdades sociales. En lugar de eso, en el contexto de un sistema de derecho civil, las demandas colectivas poseerían en principio un mayor potencial de ocuparse de las desigualdades estructurales. Sin embargo, es objeto de controversia el grado en el que hay un sesgo sistemático y problemático hacia la clase media en las decisiones judiciales de algunos países latinoamericanos.

En cualquier caso, para que las decisiones judiciales sobre derechos sociales contribuyan a la transformación social, deben ocuparse de “los problemas más críticos de la exclusión y la privación” (Porter, en este libro). Presentar demandas judiciales en esos casos es un reto desde una perspectiva jurisprudencial, remedial y del cumplimiento, teniendo en cuenta las interacciones complejas entre los dominios de las políticas públicas relevantes. Sin embargo, varios de los casos de este libro muestran que una combinación de jurisprudencia creativa pero bien delimitada, medidas judiciales reflexivas, y la presencia de agentes sociales comprometidos y concedores de la realidad local, puede ayudar a hacer efectivo ese proyecto transformador.

Referencias

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2001). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Baas, L. y Thomas, D. (1984). The Supreme Court and policy legitimation: Experimental tests. *American Politics Quarterly*, 12 (3), 335-60.
- Bergallo, P. (2011). Argentina: Achieving fairness despite ‘routinization’? En Yamin, A. E. y Gloppen, S. (eds.). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (pp. 43-75). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Berger, J. (2008). Litigating for social justice in post-apartheid South Africa: A focus on health and education. En Varun Gauri, V. y

- Brinks, D. (ed.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (pp. 38-99). Cambridge: Cambridge University Press.
- Berry, C. (2007). The impact of school finance judgments on state fiscal policy. En West, M. R. y Peterson, P. E. (eds.). *School Money Trials: The Legal Pursuit of Educational Adequacy* (pp. 213-40). Washington D.C.: Brookings Institution.
- Bilchitz, D. (2007). *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Blake, J. (1977). The abortion decisions: Judicial review and public opinion. En Manier, E., Liu, W. y Solomon, D. (eds.). *Abortion: New Directions for Policy Studies*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Brinks, D. y Gauri, V. (2014). The Law's Majestic Equality? The distributive impact of judicializing social and economic rights. *Perspectives on Politics*, 12 (2), 375-393.
- Byrne, I. y Hossain, S. (2008). South Asia: Economic and social rights case law of Bangladesh, Nepal, Pakistan and Sri Lanka. En Langford, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 125-43). Cambridge: Cambridge University Press.
- Çali, B. y Wyss, A. (2011). *Why Do Democracies Comply with Human Rights Judgments? A Comparative Analysis of the UK, Ireland and Germany* (Working Paper).
- Cavallaro, J. y Brewer, S. (2008). The virtue of following: The role of inter-american litigation in campaigns for social justice. *SUR-International Journal on Human Rights*, 5 (8), 8-85.
- Cavanagh, R. y Sarat, A. (1980). Thinking about courts: Towards and beyond a jurisprudence of judicial competence. *Law & Society Review*, 14 (2), 371-420.
- Cejil (2003). Unkept promises: The implementation of the decisions of the Commission and the Court. *Gazette*, 10.
- Coomans, F. (ed.) (2006). *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*. Antwerpen: Intersentia and Maastricht Centre for Human Rights.
- Courtis, C. (2008). Argentina: Some promising signs. En Langford, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 163-81). Cambridge: Cambridge University Press.
- Dennis, M. y Stewart, D. (2004). Justiciability of economic, social, and cultural rights: Should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing, and health? *American Journal of International Law*, 98, 462-515.

- Dorf, M. (2003). The domain of reflexive law, *Colombia Law Review*, 103, 384-401.
- Dugard, J. y Langford, M. (2011). Art or science? Synthesising lessons from public interest litigation and the dangers of legal determinism, *South African Journal on Human Rights*, 26 (3).
- Edmundson, W. (1995). Is law coercive? *Legal Theory*, 1 (1), 81-111.
- Eide, A. (1987). *The right to food (Final report)*. Geneva: UN.
- Epp, C. (2009). *Making Rights Real: Activists, Bureaucrats, and the Creation of the Legalist State*. Chicago: University of Chicago Press.
- Fabre, C. (2000). *Social Rights under the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Franklin, C. y Kosaki, L. (1989). Republican schoolmaster: The US Supreme Court, Public Opinion, and Abortion. *American Political Science Review*, 69 (3), 7517-71.
- Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (2006). *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot/Burlington: Ashgate.
- Gauri, V. (2010). Public interest litigation in India: Overreaching or underachieving? *Indian Journal of Law and Economics*, 1, 71-93.
- Gauri, V. y Brinks, D. (2008). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. New York: Cambridge University Press.
- Ginsberg, T. y McAdams, R. (2004). Adjudicating in anarchy: An expressive theory of international dispute resolution. *William and Mary Law Review*, 45 (4), 1229-330.
- Goldsmith, J. y Posner, E. (2005). *The Limits of International Law*. New York: Oxford University Press.
- Goodman, R. y Jinks, D. (2008). Incomplete internalization and compliance with human rights law. *European Journal of International Law*, 19 (4), 725-48.
- Grewal, S. y Voeten, E. (2012). The politics of implementing European Court of Human Rights Judgments. SSRN Working Paper.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hazard, G. (1969). Social justice through civil justice. *University of Chicago Law Review*, 699-712.
- Heise, M. (1995). State constitutions, school finance litigation, and the Third Wave: From equity to adequacy. *Temple Law Review*, 68, 1151-76.
- Helfer, L. y Voeten, E. (2014). International courts as agents of legal change: Evidence from LGBT rights in Europe. *International Organization*, 68 (1) (próxima publicación).

- Heywood, M. (2009). South Africa's treatment action campaign: Combining law and social mobilization to realize the right to health. *Journal of Human Rights Practice*, 1 (1), 14-36.
- Hickrod, A., Hines, E., Anthony, G., Dively, J. y Pruyne, G. (1992). The effect of constitutional litigation on education finance: A preliminary analysis. *Journal of Education Finance*, 18 (2), 180-210.
- Hillebrecht, C. (2014). *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The Problem of Compliance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hirschl, R. y Rosevear, E. (2012). Constitutional law meets comparative politics: Socio-Economic rights and political realities. En Campbell, T., Ewing, K. D. y Tomkins, A. (eds.). *The Legal Protection of Human Rights - Sceptical Essays*. Oxford: Oxford University Press.
- Hoekstra, V. (2000). The Supreme Court and local public opinion. *American Political Science Review*, 94 (1), 89-108.
- Hoekstra, V. (2003). *Public reaction to Supreme Court Decisions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hoffmann, F. y Bentes, F. (2008). Accountability for social and economic rights in Brazil. En Gauri, V. y Brinks, D. (ed.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (pp. 100-45). Cambridge: Cambridge University Press.
- Horowitz, D. (1977). *The Courts and Social Policy*. Washington D.C.: The Brookings Institution.
- Howse, R. y Teitel, R. (2010). Beyond compliance: Rethinking why international law really matters. *Global Policy*, 1 (2), 127-36.
- Huneus, A. (2011). Courts resisting courts: Lessons from the Inter-American Court's struggle to enforce human rights. *Cornell International Law Journal*, 44, 493-533.
- ICJ (2008). *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative Experiences of Justiciability*. Geneva: International Commission of Jurists.
- Johnson, T. y Martin, A. (1998). The public's conditional response to Supreme Court decisions. *American Political Science Review*, 92 (2), 299-309.
- Joubert, P. (2008). Grootboom dies homeless and penniless. *Mail & Guardian*.
- Kagan, R. A. y Skolnick, J. (1993). Banning smoking: Compliance without coercion. En Rabin, R. y Sugarman, S. (eds.). *Smoking Policy: Law, Policy and Politics* (pp. 69-94). Oxford: Oxford University Press.
- Kapiszewski, D. y Taylor, M. (2013). Compliance: Conceptualizing, measuring and explaining adherence to judicial rulings. *Law & Social Inquiry*, 38 (4), 803-35.

- Keller, H. y Stone Sweet, A. (eds.) (2008). *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*. Oxford: Oxford University Press.
- King, J. A. (2012). *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Langford, M. (2014). Housing rights litigation: Grootboom and beyond. En Langford, M. et al. (eds.). *Symbols or Substance? The Role and Impact of Socio-Economic Rights Strategies in South Africa* (pp. 187-225). Cambridge: Cambridge University Press.
- Langford, M. y Bhatteari, A. (2011). Constitutional rights and social exclusion in Nepal. *International Journal on Minority and Group Rights*, 18 (2), 387-411.
- Langford, M. (ed.) (2008). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Langford, M., Cousins, B., Dugard, J. y Madlingozi, T. (eds.) (2014). *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?* Cambridge: Cambridge University Press.
- Lanni, A. (2010). The expressive effect of the athenian prostitution laws. *Classical Antiquity*, 29 (1), 45-67.
- Liebenberg, S. (2008). South Africa: Adjudicating social rights under a transformative constitution. En Langford, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 75-101). Cambridge: Cambridge University Press.
- Liebenberg, S. (2010). *Socio-Economic rights: Adjudication under a transformative constitution*. Claremont: Juta.
- Linos, K. y Twist, K. (2013). Endorsement and framing effects in experimental and natural settings: The Supreme Court, the media and the american public. *UC Berkeley Public Law Research*. Paper 2223732.
- Mbazira, C. (2008a). *You are the "weakest link" in realising socio-economic rights: Goodbye - Strategies for effective implementation of court orders in South Africa*. Cape Town: Community Law Centre, University of the Western Cape.
- Mbazira, C. (2008b). Non-Implementation of court orders in socio-economic rights litigation in South Africa. *ESR Review*, 9 (4), 2-7.
- McAdams, R. (2000). An attitudinal theory of expressive law. *Oregon Law Review*, 79, 339-90.
- McCann, M. (1994). *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Melish, T. (2008). Inter-American Court of Human Rights: Beyond progressivity. En Langford, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 372-408). Cambridge: Cambridge University Press.

- Moravcsik, A. (2000). The origin of human rights regimes: Democratic delegation in postwar Europe. *International Organization*, 54 (2), 217-52.
- Muir, W. (1973). *Law and Attitude Change*. Chicago: University of Chicago Press.
- Muralidhar, S. (2008). India: The expectations and challenges of judicial enforcement of social rights. En Langford, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 102-24). Cambridge: Cambridge University Press.
- OSJI (2010). *From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions*. London: Open Society Justice Initiative.
- OSJI (2013). *From Rights to Remedies: Structures and Strategies for Implementing International Human Rights Decisions*. New York: Open Society Foundation.
- Raz, J. (1994). Law, authority and morality. En Raz, J. (ed.). *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press.
- Roach, K. (2004). Dialogic judicial review and its critics. *Supreme Court Law Review*, 23 (2), 49-104.
- Roach, K. y Budlender, G. (2005). Mandatory relief and supervisory jurisdiction: When is it appropriate, just and equitable. *South African Law Journal*, 122, 325-51.
- Rodríguez Garavito, C. (2011). Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89, 1669-98.
- Rodríguez Garavito, C. (2014). The judicialization of health care: Symptoms, diagnosis, and prescriptions. En Peerenboom, R. y Ginsberg, T. (eds.). *Law and Development of Middle-Income Countries: Avoiding the Middle-Income Trap*. New York: Cambridge University Press.
- Rodríguez Garavito, C. (2017). Empowered participatory jurisprudence: Deliberation, experimentation and norms in socioeconomic rights adjudication. En Young, K. *The Future of Economic and Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rodríguez Garavito, C. y Kauffman, C. (2014). *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales: estrategias para jueces, funcionarios y activistas*. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión: el impacto del activismo judicial sobre derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Rosenberg, G. (1991). *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.
- Rossi, J. y Filippini, L. (2009). El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica. En Arcidiácono, P., Espejo, N. y Rodríguez Garavito, C. (eds.). *Derechos*

sociales: justicia, política y economía en América Latina. Bogotá: Siglo del Hombre.

Sabel, C. F. y Simon, W. (2004). Destabilization rights: How public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, 117, 1015-101.

Schmidt, V. (2008). Discursive institutionalism: The explanatory power of ideas and discourse. *Annual Review of Political Science*, 11, 303-26.

Shankar, S. y Bhanu Mehta, P. (2008). Courts and socio-economic rights in India. En Gauri, V. y Brinks, D. (eds.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (pp. 146-82). Cambridge: Cambridge University Press.

Shue, H. (1980). *Basic rights: Subsistence, affluence and US foreign policy*. Princeton: Princeton University Press.

Simmons, B. (2009). *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*. New York: Cambridge University Press.

Songer, D. y Sheehan, R. (1990). Supreme Court Impact on Compliance and Outcomes: Miranda and New York Times in the US Court of Appeals. *The Western Political Quarterly*, 43 (2), 297-316.

Spriggs, J. F. II (1997). Explaining Federal Bureaucratic Compliance With Supreme Court Opinions. *Political Research Quarterly*, 50 (3), 567-93.

Stoutenborough, J., Haider-Markel, D. y Allen, M. (2006). Reassessing the impact of Supreme Court decisions on public opinion: Gay civil rights cases. *Political Research Quarterly*, 59, 419-33.

Thompson, D. C. y Crampton, F. E. (2002). The impact of school finance litigation: A long view. *Journal of Education Finance*, 28 (1), 133-72.

Ura, J. D. (2014). Backlash and legitimation: Macro political responses to Supreme Court decisions. *American Journal of Political Science*, 58 (1), 110-26.

Vecera, V. (2014). The Supreme Court and the social conception of abortion. *Law & Society Review*, 48 (2), 345-75.

Vierdag, E. W. (1978). The legal nature of the rights granted by the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Netherlands Yearbook of International Law*, IX, 69-105.

Voeten, E. (2012). *Does a Professional Judiciary Induce More Compliance? Evidence from the European Court of Human Rights*. SSRN Working Paper. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2029786

Voeten, E. (2014). Domestic implementation of European Court of Human Rights judgments: Legal infrastructure and government effectiveness matter: A reply to Dia Anagnostou and Alina Mungiu-Pippidi. *European Journal of International Law*, 25 (1), 229-38.

Wachira, G. y Ayinla, A. (2006). Twenty years of elusive enforcement of the recommendations of the African Commission on Human and

Peoples Rights: A possible remedy. *African Human Rights Law Journal*, 6 (2), 465-92.

Waldron, J. (2009). Socio-Economic rights and theories of justice. En Pogge, T. (ed.). *Freedom from Poverty as a Human Right* (vol. 2). Paris: Unesco.

Wilson, S. (2011). Litigating housing rights in Johannesburg's inner city. *South African Journal on Human Rights*, 27 (3).

Wlezien, C. y Goggin, M. (1993). The courts, interests groups, and public opinion about abortion. *Political Behaviour*, 15, 381-405.

Yamin, A. E. y Gloppen, S. (2011). *Litigating Health Rights: Can courts bring more justice to health?* Cambridge, MA: Harvard University Press.

Yankah, E. N. (2008). The force of law: The role of coercion in legal norms. *University of Richmond Law Review*, 42, 1195-255.

Young, K. (2008). The Minimum Core of Economic and Social Rights: A concept in search of content. *Yale Journal of International Law*, 33, 113-75.

Young, O. R. (2001). Inferences and indices: Evaluating the effectiveness of international environmental regimes. *Global Environmental Politics*, 1 (1), 99-120.

2. La explicación del cumplimiento: las lecciones aprendidas de los derechos civiles y políticos

*Başak Çali y
Anne Koch**

* Deseamos reconocer el apoyo financiero al proyecto de investigación titulado “The judicial legitimacy and authority of Supranational Human Rights Courts: A comparative analysis of the perception of the European Court of Human Rights in Bulgaria, Germany, Ireland, Turkey and the United Kingdom”, por parte del Economic Social Research Council (Reino Unido), subvención RES-061-25-0029. Damos las gracias a los participantes del seminario “Cumplimiento de las sentencias sobre DESC”, que tuvo lugar en Bogotá los días 6 y 7 de mayo de 2010, y en particular a Malcolm Langford, Daniel Brinks, Damon Hewitt, César Rodríguez Garavito y Varun Gauri.

Introducción

Con frecuencia se considera que el cumplimiento de las sentencias sobre derechos económicos, sociales y culturales (DESC) plantea problemas diferentes de los que se presentan en la esfera de los derechos civiles y políticos (DCP).¹ Como parte de la literatura reciente sobre cumplimiento judicial de los DESC (Merali y Oosterveld, 2001; Dixon, 2007; Langford, 2008; Gauri y Brinks, 2008; Gloppen, 2009; Rodríguez Garavito, 2011), este libro, en su conjunto, se basa en el supuesto de que existe algo específico en la implementación que merece la pena investigar. Sin perjuicio de las bases fundamentadas que subyacen bajo este supuesto, este capítulo da un paso atrás y se pregunta cuáles son las lecciones provenientes de las sentencias sobre DCP que podrían generalizarse y aplicarse con provecho en el campo más amplio del cumplimiento internacional de los derechos humanos, incluida la esfera de los DESC.²

La principal contribución de este capítulo al debate sobre el cumplimiento se logra mediante un cambio de foco: en lugar de concentrarse en la clase de sentencias que deben hacerse cumplir y suponer que el contenido del derecho en cuestión es el que determina el éxito o el fracaso de ese cumplimiento, esta sección estudia el proceso de implementación de las sentencias de derechos humanos en sí, teniendo en cuenta los costos de dicho proceso, y cómo esos costos se pueden moderar mediante el diseño institucional de los regímenes de implementación.³ El análisis se enfoca en sentencias internacionales, pero

1 En este capítulo son intercambiables los términos “cumplimiento” e “implementación”.

2 Rodríguez Garavito (2011) ha identificado la etapa de implementación de los derechos socioeconómicos “como un punto ciego analítico y práctico”, y como una “caja negra” que hay que elucidar para profundizar en nuestra comprensión de la exigibilidad judicial de estos derechos.

3 En este capítulo empleamos el concepto de “costos” no solo en términos

considera investigaciones comparativas y sus hallazgos son relevantes para el ámbito nacional. Propone un marco interactivo para una comprensión del cumplimiento de las sentencias de derechos humanos en el que la velocidad y la integralidad de la implementación nacional de dichas sentencias se determinan por la interacción entre los órganos internacionales de derechos humanos y los encargados de las decisiones en el nivel nacional, es decir, mediante el proceso que define los términos de implementación. El capítulo ilustra sus argumentos mediante el análisis del régimen de cumplimiento existente para las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que se usa un “modelo deliberativo de cumplimiento” con el propósito de mitigar los costos nacionales de cumplir con los complejos remedios judiciales en casos de DCP. El análisis general sugiere que cuando entre en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), muchos de los problemas ligados a su implementación se podrán superar por mecanismos paralelos a aquellos desarrollados en el campo del cumplimiento de los DCP.

Este capítulo tiene tres partes. En primer lugar, cuestiona la visión extendida de que la caracterización de los derechos humanos en diferentes categorías o “generaciones” nos dice algo acerca de la probabilidad de su cumplimiento. Resume brevemente el debate en torno a las diferencias entre DESC y DCP, e identifica los retos específicos a la implementación de los DESC mediante el uso de ejemplos extraídos de la experiencia del cumplimiento de los DCP en Europa. Se cuestiona la idea generalizada de que el cumplimiento de los DCP es inherentemente más fácil y menos costoso que el de los DESC, y para ello recurre a ejemplos sobre experiencias para hacer cumplir los DCP en el ámbito europeo. En lugar de eso, muestra que el cumplimiento de las sentencias internacionales de DCP tiene mucho en común con el cumplimiento de las sentencias internacionales sobre DESC, y que las lecciones aprendidas en la esfera de los regímenes de cumplimiento de los DCP proporcionan importantes perspectivas para mejorar el diseño de la implementación de los DESC y para hacer más efectiva la intervención de los litigantes y activistas de estos derechos.

En segundo lugar, el capítulo estudia el proceso de cumplimiento de las sentencias de derechos humanos. A partir de una revisión de obras académicas sobre el tema, de un conjunto de datos cualitativos procedentes de 137 entrevistas con élites involucradas en el sistema de derechos humanos del Consejo de Europa, y de documentos

puramente materiales y estratégicos, sino en un sentido más amplio, que incluye los costos sociales, como traicionar los ideales compartidos, perjudicar la posición social del sujeto y su autoestima o dañar relaciones, entre otros.

disponibles de diferentes órganos internacionales que deciden conflictos al respecto, se argumenta que la configuración de los costos involucrados en hacer cumplir las sentencias, junto con el diseño de los regímenes de cumplimiento internacional, constituyen los dos principales elementos que influyen los procesos de implementación de las sentencias internacionales sobre derechos humanos, con independencia del tipo específico de derecho involucrado.

La tercera y última sección del capítulo reflexiona con mayor profundidad sobre las características del diseño institucional del sistema europeo de derechos humanos. Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no duda en tomar decisiones relativas a los DESC (Palmer, 2009), y es principalmente un ejemplo de una institución que decide sobre DCP, considerarlo es ilustrativo debido a su éxito relativo en comparación con otros órganos internacionales o regionales de derechos humanos. La sección analiza cómo el diseño del sistema de cumplimiento en Europa influye las motivaciones nacionales para cumplir las sentencias sobre derechos humanos. Por último, el capítulo estudia qué clase de lecciones cabe aprender del modelo deliberativo europeo de cumplimiento, y hasta qué punto esas lecciones pueden ser relevantes para otros órganos regionales y de las Naciones Unidas, y proporcionan guías para el activismo de la sociedad civil.

Retos comunes al cumplimiento de los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales

Los DCP y los DESC se han analizado usualmente como dos paradigmas independientes y, a veces, incompatibles. La creación de dos tratados, y de regímenes de interpretación separados bajo el amparo de las Naciones Unidas —el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) ha contribuido a esta distinción. Ambos pactos han sido ratificados por un gran número de países. Sin embargo, la separación histórica de los derechos humanos básicos en dos tratados es indicativa de una distinción que todavía prevalece en muchos debates relativos al cumplimiento de los derechos humanos. Los DCP y los DESC se denominan respectivamente derechos de “primera generación” y de “segunda generación”, como reflejo del orden en el que fueron aceptados por los Estados de Europa occidental y Estados Unidos (Alston, 1982; Meron, 1986; Saito, 1996; Mutua, 1999). Alston y Source (1987, p. 1995) recuerdan cómo los Estados Unidos:

...mantuvieron que los derechos económicos, sociales y culturales pertenecían a una “categoría cualitativamente diferente” con respecto a otros derechos y que deberían tratarse no como derechos, sino como fines de la política económica y social, y que cuando se les considera derechos, los gobiernos represivos abusan con gran facilidad de ellos para justificar violaciones de los derechos civiles y políticos.

Esta distinción, profundamente arraigada entre los dos tipos de derechos, implica en muchas ocasiones una oposición fundamental a la condición de los DESC como derechos exigibles ante los tribunales.

El derecho internacional se ha movido en una dirección que otorga a los derechos civiles y políticos y a los DESC una posición igual desde el punto de vista formal. Sin embargo, existen todavía diferencias institucionales significativas. Mientras que el órgano de supervisión del PIDCP —el Comité de Derechos Humanos— tiene competencia para examinar demandas de particulares desde 1985, el Protocolo Facultativo que concede facultades parecidas al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) solamente entró en vigencia a partir de 2013. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ha visto, por consiguiente, respaldado por un órgano internacional decisorio activo (por muy débil que sea su influencia) y por un conjunto creciente de decisiones judiciales, mientras que todavía no conocemos decisiones internacionales del Pidesc. También las decisiones judiciales nacionales y regionales sobre DESC han sido dispersas si se comparan con aquellas sobre derechos civiles y políticos. Debido a esto, los remedios de carácter judicial para las violaciones de derechos civiles y políticos están mucho más desarrollados que los remedios judiciales para las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales (Roach, 2008).

Hay tres supuestos que se defienden en general con respecto al cumplimiento de los DESC y que se argumentan por separado o en conjunto: 1) es más fácil hacer cumplir los remedios judiciales sobre derechos civiles y políticos que aquellos sobre DESC; 2) el cumplimiento de los derechos civiles y políticos casi no tiene costos de ningún tipo, mientras que el de los DESC requiere una gran cantidad de recursos; 3) las violaciones de derechos civiles y políticos no están sujetas a oposición ideológica y su remedio atrae con facilidad apoyo público, mientras que los remedios frente a las violaciones de los DESC están sometidos a una oposición ideológica profunda. Si bien el hecho de que no haya decisiones judiciales numerosas sobre DESC ha contribuido a sostener estos supuestos, encontramos también que ellos se perpetúan por falta de análisis cuidadoso de los procesos de cumplimiento de los DCP.

La investigación empírica sobre el cumplimiento de las sentencias internacionales de derechos civiles y políticos indica que existen considerables retos a la implementación de las sentencias dictadas por los órganos de derechos humanos en las Naciones Unidas o en diferentes contextos regionales: en África, las Américas, así como en Europa (Baluarte y Vos, 2010). Cuando se adopta esta visión es difícil mantener las mencionadas opiniones simplistas sobre el cumplimiento de los DCP. En lugar de eso, la situación se puede presentar de la forma que sigue:

Respecto al primer supuesto existen abundantes ejemplos de que el cumplimiento de los derechos civiles y políticos solo se puede llevar a cabo mediante una intervención estatal activa, duradera y compleja. En contra de la creencia de que los DCP solo requieren la no interferencia con el derecho violado hacia el futuro, y como máximo el pago de una indemnización, la doctrina de las obligaciones positivas implica que todos los derechos tienen algunos deberes positivos correspondientes para poder hacerse efectivos (Mowbray, 2004). El cumplimiento de las decisiones que remedian las violaciones de las obligaciones procesales con respecto a la protección del derecho a la vida puede depender, por ejemplo, de desarrollar capacidades institucionales efectivas para investigar y perseguir los delitos, lo que a menudo supone poner en práctica un proceso complejo y duradero de reforma nacional.⁴ La obligación del derecho internacional consuetudinario de impedir futuras violaciones (Crawford, 2002) debilita también el estereotipo de que los remedios judiciales para las violaciones de DCP son fáciles, mientras que aquellos para los derechos económicos, sociales y culturales son complejos. Aunque es cierto que es más probable que los remedios para las violaciones de los DESC que implican una realización progresiva requieran acciones judiciales complejas, sujetas a negociación y a consulta de una multiplicidad de sujetos, los remedios para las violaciones graves y sistemáticas de DCP se enfrentan a problemas parecidos.⁵ Por ejemplo, las medidas que los gobiernos toman para cumplir con el derecho a la verdad tras violaciones graves de los DCP exigen un proceso

4 Véase, por ejemplo, la duración y la complejidad de los seis casos relativos a las acciones de las fuerzas de seguridad en el Reino Unido que implicaron el deber de investigar de forma efectiva los asesinatos. El proceso de implementación de estos casos se inició en 2001 y todavía continúa ante el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el órgano encargado de supervisar el cumplimiento de las sentencias en el sistema europeo. *McKerr vs. UK* (App 28883/95), sentencia de 4 de mayo de 2001; *Shanaghan vs. UK* (App 37715/97), sentencia de 4 de mayo de 2001; *Hugh Jordan vs. UK* (App 24746/94), sentencia de 4 de mayo de 2001; *Kelly and others vs. UK* (App 30054/96), sentencia de 4 de mayo de 2001; *McShane vs. UK* (App 43290/98), sentencia de 28 de mayo de 2002; *Finucane vs. UK* (App 29178/95), sentencia de 1 de julio de 2003.

5 Véase, por ejemplo, Comité de Ministros (2007).

que implica acciones creativas, y muchas veces no predeterminadas, en lugar de remedios judiciales aislados.⁶

Lo anterior está vinculado directamente con el segundo supuesto: solucionar ciertas violaciones de DCP puede implicar costos materiales importantes (Tushnet, 2003a, p. 1896), por ejemplo, en los casos que requieren una reforma institucional, la formación y contratación de personal adicional, o consultas con grupos marginados de la sociedad. Hay varios países que han tenido dificultades para cumplir con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que reprueban la duración excesiva de los procesos judiciales,⁷ o exigen la mejora de las condiciones en las prisiones⁸ o de los centros de detención de los solicitantes de asilo.⁹ Remediar las violaciones de DCP clásicos, como no ser víctima de detenciones arbitrarias, de torturas y de tratos inhumanos y degradantes, depende crucialmente de la disponibilidad de recursos, y puede requerir decisiones presupuestales que le den prioridad a un área de la política pública por encima de otras, un requisito que ha sido criticado por los oponentes de las decisiones judiciales de los DESC.

Por último, el argumento de que el cumplimiento de los DCP produce menos oposición ideológica no resiste un examen detallado. La experiencia sobre el cumplimiento de los DCP muestra que las manifestaciones usuales de esa categoría, como la discriminación,¹⁰ la objeción de conciencia,¹¹ la deportación de perseguidos políticos¹² o la

6 Kurt *vs.* Turkey (Application 24276/94), sentencia de 25 de mayo de 1998; Tas *vs.* Turkey (Application 24396/94), sentencia de 14 de noviembre de 2000; Cyprus *vs.* Turkey (Application 25781/94.), sentencia de 10 de mayo de 2001. Véanse también Opiniones de 3 de abril de 2003, caso Lyashkevich *vs.* Belarus, Comunicación 887/1999, UN Doc. CCPR/C/ 77/D/950/2000, párr. 9.2; Comisión Interamericana, informe 136/99, 22 de diciembre de 1999, caso Ignacio Ellacuría *et al. vs.* El Salvador, párr. 221.

7 A. B *vs.* Italy (App 37874/97), sentencia de 5 de mayo de 1998, es un caso cuyo cumplimiento está pendiente desde 1997, junto con otros 2183 casos idénticos relativos a los problemas estructurales de la duración de los procesos en el sistema legal italiano.

8 Kalashnikov *vs.* Russia (App 47095/99), sentencia de 15 de julio de 2002.

9 Mamatkulov *vs.* Turkey (App 46827/99), sentencia de 4 de febrero de 2005.

10 Nachova *vs.* Bulgaria (App 43577/98 y 43579/98), sentencia de 7 de julio de 2005.

11 Ulke *vs.* Turkey (App 39437/98), sentencia de 24 de abril de 2006; Ercep *vs.* Turkey (App 43965/04), sentencia de 22 de noviembre de 2011.

12 Omar Othman (AbuQatada) *vs.* United Kingdom (App 8139/09), sentencia de 17 de enero de 2012.

discriminación basada en la orientación sexual¹³ son cuestiones de enfrentamiento ideológico entre los sectores liberales y conservadores en los Estados. No hay pruebas que indiquen que el enfrentamiento ideológico basado en razones políticas, culturales, sociales o morales sea menos importante que el que se da por razones de economía política.

El cumplimiento de los DCP y de los DESC implica, en ambos casos, obligaciones positivas y el deber de prevenir futuras violaciones similares de los derechos. Esa preocupación con respecto al futuro, que subyace en la implementación de ambos tipos de derechos, nos lleva a investigar los mecanismos institucionales mediante los cuales un tribunal internacional adopta medidas y las condiciones en las que los sujetos nacionales correspondientes cumplen plenamente las respectivas medidas remediales.

Elementos que influyen el proceso de implementación: la recepción nacional frente al diseño del cumplimiento

Al desviar la atención del análisis del tipo de derecho que se debate en los tribunales, y dirigirla hacia los procesos de cumplimiento, consideramos fundamentales para dicho cumplimiento los factores nacionales que lo influyen y el diseño del proceso para alcanzarlo. Esa interacción se configura por el grado de discrecionalidad que le concede al Estado demandado el órgano internacional que define conflictos sobre derechos humanos en cuanto a determinar el contenido de las medidas ordenadas. ¿Cómo perciben los sujetos relevantes, es decir los políticos y jueces nacionales, los costos y beneficios asociados al cumplimiento de las sentencias de derechos humanos? ¿Cuán exigentes son las medidas dirigidas a los Estados y cuán estrictamente se definen? ¿Cuál es el grado de intervención que se le reconoce a las autoridades estatales a la hora de proponer y diseñar remedios apropiados?

El entorno nacional: pensar el cumplimiento en función de sus dimensiones políticas, institucionales y normativas

Los contextos nacionales son fundamentales para hacer efectiva la normatividad de los derechos humanos, y hay un trabajo continuo de investigadores y científicos sociales que han estudiado las consecuencias

13 Caso X *vs.* Colombia, Communication 1361/2005, UN Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 de 14 de mayo de 2007.

de los procesos políticos y jurídicos nacionales sobre el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos mediante estudios de caso o de muestras más grandes (Sikkink *et al.*, 1999; Dai, 2005; Cárdenas, 2007; Simmons, 2009). En contraste con esas obras, hay comparativamente pocas sobre el cumplimiento de sentencias específicas de derechos humanos, sobre todo fuera de Estados Unidos (Anagnostou, 2010; Hillebrecht, 2014); el cumplimiento de dichas sentencias es diferente de la implementación de la normatividad de los derechos humanos como tal, debido a que si bien los costos y beneficios del cumplimiento se evalúan para ambos teniendo en cuenta las ventajas y las desventajas a largo plazo del cumplimiento en general, en el caso de las sentencias también se tienen en cuenta criterios introducidos por las características específicas de cada una. En otras palabras, las sentencias individuales de derechos humanos dan lugar a consideraciones sobre costos y beneficios que tienen más dimensiones y matices. Las razones para cumplir con la normatividad de los derechos humanos en general influyen, pero no determinan, el comportamiento cumplidor en lo referente a las sentencias individuales. Dicho esto, se pueden extraer lecciones de la investigación sobre el cumplimiento de los derechos humanos cuando se piensa en la implementación de las sentencias al respecto. Una lección importante de estos estudios es que las teorías condicionales están mejor equipadas para explicar el cumplimiento: este depende de la ausencia o presencia de factores, en un contexto específico y en un momento determinado. En esta sección sintetizamos dicha lección con hallazgos basados en nuestro conjunto original de datos cualitativos que comprende entrevistas con personas encargadas de tomar decisiones en la esfera local sobre por qué cumplen con las sentencias de derechos humanos, y ofrecemos un mapa de elementos nacionales sobre cumplimiento pertinentes para las sentencias de derechos humanos. Para ello es necesario desagregar los contextos nacionales en función de los agentes y de sus percepciones de costos y beneficios.

Agentes directa e indirectamente involucrados en el cumplimiento

En el cumplimiento de las sentencias sobre DCP y sobre DESC interviene activamente una variedad de agentes. Podemos categorizar la participación de los sujetos a partir de sus funciones en el proceso de implementación: personas encargadas directamente del cumplimiento de las sentencias de derechos humanos, sujetos de la sociedad civil interesados en estos (por ejemplo, las ONG de derechos humanos, las instituciones nacionales de derechos humanos, otros Estados y

organizaciones internacionales), e instituciones contrarias al cumplimiento (por ejemplo, grupos políticos, la sociedad civil, otros Estados).

Los encargados directos del cumplimiento de las sentencias internacionales de derechos humanos se pueden dividir a su vez en categorías basadas en la clase de poderes de decisión que tienen. En primer lugar, están los agentes políticos que tienen facultades decisorias que se plasman en acciones específicas, como los ministros del poder ejecutivo, que tienen poder y autoridad para influenciar políticas y reformas, y para modificar las consecuencias negativas para los demandantes individuales de violaciones de derechos humanos. En segundo lugar, están los miembros de los órganos legislativos, que tienen facultades para orientar la acción, como la autoridad de rechazar, enmendar o aprobar legislación. En tercer lugar, hay jueces nacionales que son responsables de remediar procesalmente las violaciones de derechos humanos, por ejemplo, ordenando la apertura de un nuevo juicio si se produce una injusticia, o de interiorizar la jurisprudencia internacional de los tribunales de derechos humanos al aplicar esa jurisprudencia en casos futuros. Por último, están las burocracias y los organismos administrativos nacionales, cuya tarea es hacer que las acciones del Gobierno y el Congreso se ajusten a las políticas. Sin embargo, esta es solo una descripción simplificada. Hay otras instituciones independientes en el ámbito local, estatal, federal o supranacional que pueden contar con facultades para hacer cumplir las sentencias internacionales de derechos humanos, por ejemplo, las autoridades locales electas o las autoridades supranacionales, como la Unión Europea. El cumplimiento de toda sentencia internacional de derechos humanos requiere, por tanto, la participación de una amplia variedad de sujetos con poderes para ejecutar aspectos diferentes de la sentencia.¹⁴

Los agentes de la sociedad civil que promueven el cumplimiento son aquellos grupos que no son ejecutores directos de las sentencias, pero que pretenden que se cumplan las de derechos humanos. Usualmente, estos agentes no solo incluyen a los demandantes ante los órganos internacionales, sino también a las organizaciones no gubernamentales y a otros miembros de la sociedad civil que apoyan las causas y reivindicaciones de los demandantes. En ese mismo sentido, los agentes de la sociedad civil que se oponen al cumplimiento son

14 Para un ejemplo que requería la participación de todos “los obligados directos al cumplimiento” enumerados aquí, comparar con el plan desarrollado por el Comité de Ministros en la sentencia *Aydin vs. Turkey*, que determinó la existencia de tortura sistemática por los policías (App 23178/94), sentencia de 25 de septiembre de 1997 (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=472455&Site=COE>).

individuos y grupos que se oponen a la observancia de una sentencia internacional específica.

Motivaciones para el cumplimiento

Los actores involucrados en la ejecución de las sentencias internacionales de derechos humanos existen en contextos sociales e institucionales específicos, de los cuales surgen las motivaciones sociales y materiales que influyen sus decisiones para hacer cumplir una sentencia relativa a los derechos humanos; a partir de estas motivaciones, los sujetos escogen promover o dificultar el cumplimiento de sentencias específicas. Si bien cada sentencia, a menos que se explique por el cumplimiento habitual (Hopf, 2010), tendrá una secuencia propia y única de acontecimientos que explica qué fue decisivo en última instancia para llegar a un resultado específico con respecto a su cumplimiento, la elaboración de un mapa empíricamente informado de la tipología de motivaciones es útil para establecer un marco de análisis que sirva para clasificar los obstáculos o las oportunidades potenciales para el cumplimiento en casos específicos. En concreto, la elaboración de mapas de los tipos de motivaciones que se oponen a la implementación tiene máxima importancia, puesto que los casos de incumplimiento constituyen un problema sistemático y extendido en los sistemas internacionales de derechos humanos.

La literatura académica sobre el cumplimiento en general es muy relevante en cuanto al acatamiento de las sentencias de derechos humanos (Downs y George, 2002; Talberg, 2002; Raustiala y Slaughter, 2002; Wiener, 2004; Dai, 2005; Ryan y Jinks, 2008). Esas obras se enfocan en el cumplimiento del derecho internacional como resultado de las razones estratégicas, normativas o de su combinación, que tienen los sujetos interesados. A partir de esto, y a la luz de nuestra investigación empírica sobre las motivaciones para el cumplimiento de las sentencias de derechos humanos en el nivel de los “microagentes”, en cinco países diferentes, proponemos distinguir entre “costos de audiencia”, “costos de gobernanza” y “costos normativos”, como tipología para organizar las motivaciones para el cumplimiento de las sentencias de derechos humanos. Dichos costos tienen dimensiones materiales y sociales; también tienen características generales y específicas a los derechos humanos. En las siguientes páginas describiremos lo que incluye cada uno de los tres conjuntos de motivaciones.

Costos de audiencia

En entornos nacionales donde hay elecciones democráticas regulares, los costos y beneficios estratégicamente definidos en relación con el

cumplimiento de las sentencias internacionales de derechos humanos toman en general la forma de costos de audiencia, es decir, la relevancia política del área problemática específica es importante, en el sentido de cómo el cumplimiento afectará el apoyo que reciben los actores políticos de grupos nacionales dominantes y de los votantes. En el corazón de los costos de audiencia en un contexto democrático está el supuesto de que las personas encargadas de hacer cumplir las sentencias desean seguir en sus cargos (Dai, 2005; Fearon, 1994; Gaubatz, 1996). Se propone que en el caso de algunas sentencias de derechos humanos, los costos de audiencia pueden incluir costos sociales (por ejemplo, la preocupación de perder reconocimiento social) y también extenderse más allá del electorado nacional. En nuestra investigación en Bulgaria, por ejemplo, un país que se incorporó recientemente a la Unión Europea y deseaba romper con su pasado comunista, hemos encontrado que la aprobación de Europa se identificó como un importante costo social de audiencia.¹⁵ En algunos casos, cuando los beneficios sociales o materiales de la audiencia internacional eran prácticamente nulos, los costos de audiencia en el ámbito nacional fueron cruciales. A este respecto, los tribunales regionales de derechos humanos pueden imponer más costos sociales internacionales que los órganos de los tratados de las Naciones Unidas.

La determinación de los costos de audiencia es también función de cómo el contexto de un país interactúa con la cuestión tratada en la sentencia. Las culturas políticas dominantes crean preferencias hostiles hacia diferentes grupos. En el contexto europeo, con democracias bien establecidas, las personas encargadas de tomar las decisiones son usualmente más reticentes a cumplir con las sentencias de derechos humanos relativas a la protección de los derechos de los no ciudadanos por temor a que eso produzca una reacción negativa en los ciudadanos (Dembour, 2003). Hay también estudios que han encontrado que los países con ideologías étnico-nacionalistas son más reticentes a hacer cumplir las sentencias de derechos humanos relativas a las minorías (Anagnostou, 2010). En nuestras entrevistas en Turquía, por ejemplo, un político del Gobierno identificó que cumplir una sentencia sobre los derechos de los homosexuales tenía costos de audiencia significativos comparados con otras sentencias sobre DCP.¹⁶ En sentido contrario, en el Reino Unido los encargados de tomar decisiones percibían que no cumplir con las sentencias de derechos de los homosexuales tenía

15 Entrevista de los autores (abogado búlgaro), Sofía, 16 de octubre de 2008.

16 Entrevista de los autores (político turco), Ankara, 6 de noviembre de 2008.

importantes costos de audiencia para ellos.¹⁷ En los países en los que la cultura política responde generalmente a las presiones de la sociedad civil y permite la participación activa de dicha sociedad en los mecanismos de toma de decisiones, los sujetos de la sociedad civil (estén a favor o en contra del cumplimiento de las sentencias) pueden modificar también los costos de audiencia que tienen los encargados de tomar decisiones (Simmons, 2009).

Costos de gobernanza

Definimos los costos de gobernanza como aquellos que surgen de la preocupación de las élites nacionales encargadas de tomar decisiones por gobernar de manera efectiva en su esfera de actividad. Los costos de gobernanza se refieren principalmente al mantenimiento de las buenas relaciones con otras ramas del Estado: los jueces no quieren molestar a los congresistas, el poder ejecutivo no quiere molestar a los jueces, los diferentes ministerios y organismos no quieren invadir el área de otras instituciones siendo demasiado activos u obstaculizando el cumplimiento de sentencias de derechos humanos que afectan las ideologías, las prácticas y las políticas existentes en otros lugares de la estructura de gobierno.

Los costos de gobernanza pueden ser también sociales o materiales. Los sujetos intervinientes pueden temer que se vean afectadas su reputación o su posición en la estructura estatal (por ejemplo, los jueces con respecto a los políticos, el Ministerio del Interior con respecto al Ministerio de Justicia) y también pueden temer una reacción proveniente de instituciones que estén en desacuerdo con cumplir una sentencia específica de derechos humanos. Los costos de gobernanza son más pronunciados cuando las esferas de influencia de diferentes partes de la estructura del Estado se superponen y estas tienen intereses o puntos de vista competidores sobre determinado caso de derechos humanos. A diferencia de los costos y beneficios de audiencia en el ámbito nacional, que se refieren a las percepciones sobre la posición que el electorado o un grupo de interés tomaría hacia una sentencia específica de derechos humanos, los costos y beneficios de gobernanza surgen de la necesidad de gestionar los intereses de quienes conforman las instituciones del Estado. El cumplimiento de las sentencias de derechos humanos puede darle mayor poder a una rama del Estado frente a otras (Benvenisti y Downs, 2009); así, en algunos casos, el cumplimiento de las sentencias de derechos humanos equivale, por tanto, a una transferencia de poder,

17 El cumplimiento de Smith and Grady *vs.* United Kingdom se explica muchas veces a partir de los costos de audiencia del incumplimiento.

por ejemplo, de las ramas del ejecutivo, como el Ministerio del Interior, a los jueces.¹⁸ En otros casos, los políticos pueden ser reticentes a hacer cumplir las sentencias debido a una reacción anticipada motivada por tradiciones burocráticas o legales establecidas desde hace largo tiempo. En nuestras entrevistas con los jueces en Irlanda, por ejemplo, hemos encontrado que los jueces nacionales se preocupaban cuando tenían que tener en cuenta la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo en casos en los que creían que sus decisiones afectarían el mandato del Parlamento.¹⁹ Por otro lado, en Turquía hemos encontrado pruebas de que el Ministerio de Justicia y la Fiscalía no tenían voluntad de llevar a cabo acusaciones contra el personal del Ministerio del Interior involucrado en los crímenes de torturas y asesinatos ilegales (Çali, 2010).

Motivaciones normativas

A diferencia de los costos de audiencia y de gobernanza, las motivaciones normativas del cumplimiento se refieren principalmente a los costos y beneficios sociales; surgen de los compromisos ideológicos de las personas encargadas de ejecutarlo y de lo que ellas consideran un comportamiento apropiado. Por consiguiente, se basan en las normas, ideas y valores que tienen los encargados del cumplimiento. Las motivaciones normativas pueden trasladarse con los costos de audiencia y de gobernanza que perciben los sujetos. Pueden también entrar en conflicto con esos costos y empujar al sujeto que toma la decisión en una dirección opuesta. Las motivaciones normativas del cumplimiento variarán dependiendo del régimen político que esté en el poder o de la cultura judicial existente. Estos valores pueden estar a favor de hacer cumplir las sentencias internacionales de derechos humanos (por ejemplo, el compromiso con el Estado de derecho, con los derechos humanos, con la integración, con la no discriminación y con el respeto por las sentencias de un tribunal)²⁰ u oponerse a ellas (por ejemplo, el compromiso con la soberanía nacional, con la identidad nacional o con la primacía del proceso democrático nacional).²¹ La realización

18 Othman (Abu Qatada) *vs.* United Kingdom (App 8139/09), sentencia de 12 de enero de 2012.

19 Entrevista de los autores (juez irlandés), Dublín, 13 de mayo de 2009.

20 Véase, por ejemplo, el debate parlamentario sobre el cumplimiento de la sentencia Hirst *vs.* UK (<http://www.parliament.uk/business/news/2011/february/mps-debate-voting-by-prisoners/>).

21 Véase, por ejemplo, el razonamiento de la Corte Constitucional turca acerca de la negativa a seguir la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la identidad de las mujeres, basándose en los valores familiares de la sociedad turca (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/10/20111021-8.htm>).

efectiva de las decisiones en casos individuales de derechos humanos también se ve afectada por las consideraciones normativas de las personas encargadas de tomar decisiones con respecto a las disposiciones sustantivas que afectan al caso, y también con respecto a ideas generales sobre el cumplimiento de las sentencias de derechos humanos. Por ejemplo, los casos de derechos humanos que promueven los derechos de las mujeres pueden ser objeto de una resistencia basada en valores familiares (una objeción normativa sustantiva) o en la soberanía estatal (una objeción genérica a la hora de hacer cumplir las sentencias de los tribunales internacionales).²² En los contextos nacionales en los que no existen sólidos compromisos normativos generales favorables al cumplimiento de las sentencias, las consecuencias normativas de un caso individual pueden ser más pronunciadas y tener un papel decisivo en la actitud de la persona encargada de hacer cumplir la decisión.

Esta explicación tridimensional de las motivaciones para el cumplimiento describe a los encargados de tomar decisiones para cumplir sentencias de derechos humanos en el ámbito nacional como sujetos que forman parte de ese contexto y son tanto portadores de ideas como receptores de las limitaciones impuestas por su entorno. Si bien esta perspectiva supone que los criterios acerca de cuál es un comportamiento apropiado se obtienen mediante la acción en entornos sociales (que se conciben con una dimensión nacional y otra internacional), no sostiene que el comportamiento de los sujetos se pueda reducir a un examen del entorno. Reconocer esa distancia entre las percepciones de los encargados de tomar decisiones acerca de cuál es su entorno y las características sistemáticas que este tiene (Berman, 1998) permite desarrollar una visión más matizada respecto a cómo las medidas necesarias para hacer cumplir las sentencias internacionales de derechos humanos tienen influencia en la percepción de los costos y beneficios del cumplimiento. En la siguiente sección se analizarán diferentes modelos de remedios y la manera como interactúan con las motivaciones para hacer cumplir las sentencias de derechos humanos.

El entorno internacional: el diseño institucional de los órganos internacionales encargados de decidir conflictos de derechos humanos

Existe una amplia variedad de instituciones y herramientas que inducen y supervisan el cumplimiento de las sentencias de derechos humanos por parte del Estado. Hay mecanismos judiciales o casi judiciales

22 *Idem.*

que emiten decisiones sobre casos específicos. Los análisis preponderantes de estos órganos internacionales se han concentrado tradicionalmente en si producen sentencias vinculantes o no vinculantes. Sin embargo, no existen pruebas sólidas con respecto a si la autoridad vinculante de esas sentencias introduce diferencias significativas en cuanto a los resultados finales del cumplimiento (Guzmán, 2009; si bien se ha cumplido con ciertas decisiones no vinculantes del Comité de Derechos Humanos, no se han cumplido algunas decisiones vinculantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Çali, 2010; Cavallaro y Brewer, 2008). Aunque es probable que la naturaleza legalmente vinculante de las sentencias sea un factor, entre otros, que afecta el cálculo relativo al cumplimiento de las personas encargadas de tomar decisiones en el ámbito nacional, haciendo que aumente la probabilidad general de cumplimiento, ello no determina necesariamente el resultado en casos específicos. En lugar de eso, cualquier análisis de los procesos de implementación debería tener en cuenta la gama completa de motivaciones, que cambian de un entorno a otro, y su repercusión en las decisiones relativas al cumplimiento de los sujetos nacionales.

Con independencia de la naturaleza vinculante o no vinculante de las sentencias internacionales de derechos humanos, es importante, para comprender los procesos de cumplimiento, el entorno internacional en el que estas se dictan. Los distintos órganos internacionales de derechos humanos tienen diversas maneras de formular sus decisiones, y tanto la forma como el contenido de las recomendaciones o de los requisitos de la implementación definen lo que se considera como un “nivel aceptable” de cumplimiento (Chayes y Chayes, 1993, p. 201). Ese es el criterio mínimo de evaluación con respecto al cual los sujetos nacionales estiman los costos y los beneficios del cumplimiento. Tal perspectiva hace que la división entre vinculante y no vinculante sea un factor, entre otros, que influye en las decisiones sobre el cumplimiento de los sujetos, y destaca el grado en que la institución que dicta la decisión específica los remedios, y si existe un mecanismo de supervisión que cree oportunidades para ejercer presión sobre los encargados de tomar las decisiones.

El análisis de los procesos de cumplimiento que se concentra en las clases de remedios que determinan los órganos internacionales de derechos humanos y que también presta atención a sus facultades de seguimiento, tiene puntos de contacto con el debate académico sobre las clases de control de constitucionalidad en el ámbito nacional. Gardbaum (2001, p. 743) y Tushnet (2003b, p. 820; 2008) han sido los pioneros en el estudio comparado de los tribunales constitucionales

nacionales en términos de la potencia de sus facultades de control de constitucionalidad: en sus textos muestran que el control de constitucionalidad es cuestión del grado en el que los jueces interfieren con la esfera de decisión de los órganos legislativos y del poder ejecutivo. El control de constitucionalidad es más fuerte cuando los tribunales especifican en detalle los términos de cumplimiento, sin dejar espacio a los sujetos encargados de mismo, y cuando tienen, además, facultades para hacer cumplir sus determinaciones. Por el contrario, las situaciones más débiles de control de constitucionalidad serían aquellas en las que los tribunales no tienen la autoridad de determinar remedios específicos, y en su lugar establecen guías generales para que los órganos legislativos o el poder ejecutivo decidan la forma de acción más apropiada. Los jueces nacionales pueden clasificarse, por consiguiente, según las facultades que tengan con respecto al control de constitucionalidad, tomando en cuenta que los diferentes tipos de control ofrecen distintas ventajas y desventajas para el cumplimiento de las sentencias nacionales.

Por analogía, se puede hacer uso de este continuo entre tipos fuertes y débiles de control de constitucionalidad, referido a la esfera nacional, para entender los diversos tipos de decisiones sobre conflictos de derechos humanos en el nivel internacional. Los tribunales o los órganos cuasi judiciales internacionales de derechos humanos, sin embargo, no suelen tener facultades para hacer cumplir sus sentencias o anular la legislación nacional tal como lo hacen sus contrapartes nacionales. En la esfera internacional no existen los modelos que se corresponden con la versión fuerte del control de constitucionalidad nacional y, por tanto, cualquier escala comparativa debe ajustarse en consecuencia.

Según la clasificación de Tushnet, los tipos débiles de control de constitucionalidad nacional incluirían las simples declaraciones de violaciones de derechos humanos y los casos en los que los tribunales establecen “el requisito de que los funcionarios estatales desarrollen planes que contengan alguna clase de compromiso de eliminar la violación constitucional en un plazo relativamente corto, pero no especificado” (Tushnet 2003a, p. 1910). En la esfera internacional, la diferencia entre limitarse a declarar una violación de derechos humanos o, en lugar de eso, describir cuáles serían las medidas remediales deseables, aunque no sean vinculantes, es importante a la hora de conseguir apoyo a favor o en contra del cumplimiento. Con el propósito de explicar estas diferencias, proponemos distinguir entre formas débiles, intermedias y fuertes de control judicial internacional.

1. Control judicial internacional débil. El órgano internacional que resuelve conflictos de derechos humanos declara la existencia de una violación, pero no hace ninguna clase de estudio con respecto a los remedios potenciales. No supervisa si la violación se corrige adecuadamente.

2. Control judicial internacional intermedio. Un órgano internacional que resuelve conflictos de derechos humanos declara la violación de un derecho y exige una medida efectiva que solucione la violación e impida nuevas violaciones de la misma clase, sin especificar la naturaleza de la medida necesaria. Existe un sistema no judicial para supervisar el cumplimiento de la decisión.

3. Control judicial internacional fuerte. Un órgano internacional que resuelve conflictos de derechos humanos declara una violación de derechos y especifica la clase de medida exigida para solucionar la violación y para impedir futuras violaciones de la misma clase. El cumplimiento de esas medidas se supervisa por medios judiciales.

Instrumentos internacionales que contemplan formas débiles de control judicial

En la esfera nacional, los sistemas de revisión judicial débil “reconocen abiertamente el poder de los órganos legislativos para ofrecer interpretaciones constitucionales que difieran de [...] las interpretaciones proporcionadas por los tribunales” (Tushnet, 2003b, p. 818). Los instrumentos clasificados en esta categoría usualmente no son vinculantes.²³ En la esfera internacional, las formas débiles de control judicial se suelen encontrar en el sistema de seguimiento de los tratados de las Naciones Unidas. Las decisiones pronunciadas por los órganos de los tratados de este organismo, en respuesta a las denuncias de los particulares, no son legalmente vinculantes. Además, estos órganos no dicen nada sobre qué debería implicar la reparación de las violaciones de derechos humanos y se limitan a declarar que el Estado demandado debería proporcionar algún remedio. Este enfoque deja un amplio margen de discreción a los sujetos nacionales con respecto a

23 Desde la adopción de la ley de derechos humanos (Human Rights Act) en el Reino Unido, y la difusión generalizada de leyes reguladoras de derechos, es difícil encontrar un sistema nacional que muestre de forma congruente la supremacía legislativa descrita en esta declaración. Sin embargo, ciertos elementos específicos de las constituciones nacionales se ajustan a ella. Las “Directrices de la política social” que forman parte de la Constitución irlandesa son un ejemplo pertinente. Aunque están incluidos en una Constitución escrita, los derechos establecidos en esos principios son meramente declarativos. Los tribunales pueden referirse a ellos en su razonamiento con respecto a otros derechos, pero en sí mismos no son judicialmente exigibles (véase Tushnet, 2003a, p. 1898).

las medidas de cumplimiento que habría que tomar; en ese contexto, las preferencias de los encargados de tomar decisiones en la esfera nacional y la influencia de grupos de presión establecidos determinarán si una decisión se cumple y en qué medida. El órgano internacional que decide sobre conflictos de derechos humanos no altera, por consiguiente, el cálculo de los encargados de tomar decisiones nacionales en un grado significativo: la implementación sigue estando ligado a las estructuras de poder nacionales existentes.

Hay indicaciones de que la mayoría de los órganos de derechos humanos están abandonando un estricto enfoque de revisión débil y están introduciendo procesos blandos de seguimiento propios en sus decisiones. En respuesta a las críticas de las organizaciones no gubernamentales, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha comenzado a imponer un periodo de 180 días tras una decisión que decreta una violación para recibir información respecto a las medidas planeadas por parte del Estado afectado. Sin embargo, el Comité “de-sea” recibir esa información más que exigirla como parte de su diseño institucional.²⁴ Queda en manos del Estado decidir por qué medios y en qué momento del tiempo se remediará la violación encontrada por el órgano de supervisión de los tratados.²⁵ Eso indica que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas conserva su enfoque de tomar distancia con respecto al cumplimiento, y que los Estados que no proporcionan la información requerida no serán expulsados del sistema.

En el sistema africano, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también empezó como una revisión jurídica débil, bajo la visión de que el deber de asegurar la protección de los derechos humanos recae sobre las autoridades estatales (Musila, 2006, p. 460).²⁶ Dicho esto, el sistema de la Comisión Africana²⁷ también está evolucionando hacia una forma más intermedia de revisión judicial. En su

24 Véase, por ejemplo, Views of the Human Rights Committee with respect to Communication 1799/2008, CCPR/C/99/D/1799/2008.

25 El Comité de Derechos Humanos (CDH), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw) ofrecen la posibilidad de presentar quejas individuales e interestatales.

26 Las ONG con estatus de observadoras ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tienen la posibilidad de intervenir y dar su opinión con respecto a la situación de derechos humanos en sus respectivos países. Sin embargo, debido a la falta de remedios por parte de la Comisión, eso no significa que las ONG tengan algo que decir con respecto al cumplimiento de los derechos.

27 Reglamento de Procedimiento de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Regla 112 (2011).

Reglamento de Procedimiento revisado ha contemplado una facultad de seguimiento para las decisiones que dicte.

Instrumentos internacionales que contemplan un control judicial intermedio

En lugar de dictar decisiones legalmente vinculantes que dan plena discrecionalidad al Estado demandado con respecto a las medidas que se necesita tomar para remediar una violación concreta de derechos humanos, algunos órganos internacionales que deciden estos conflictos han adoptado modelos de decisión judicial y de cumplimiento que denominamos formas intermedias de control judicial.²⁸ Las formas intermedias se caracterizan por el hecho de que buscan equilibrar qué es lo que el cumplimiento de un determinado derecho exige, por un lado, y al mismo tiempo dejar algo de “espacio para respirar” a los encargados nacionales de tomar decisiones, con el fin de satisfacer las exigencias del contexto nacional o local. Con respecto al control de constitucionalidad nacional, Gardbaum se refiere a Canadá como un ejemplo de país que busca encontrar un punto medio entre la supremacía legislativa y la protección judicial efectiva de los derechos humanos.²⁹ En el contexto internacional, un ejercicio equivalente de ponderación requiere encontrar un punto medio entre garantizar la protección internacional efectiva de los derechos y, al mismo tiempo, respetar la autoridad de tomar decisiones que tienen los jueces, los órganos legislativos y los del poder ejecutivo en la esfera nacional, concediendo espacio para una participación significativa a los sujetos de la sociedad civil.

En el ámbito internacional, el sistema europeo de derechos humanos se destaca por actuar mediante una forma intermedia de revisión judicial; esto se analiza con mayor detalle en la siguiente sección. En Europa existen un órgano judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y un órgano político, el Comité de Ministros, compuesto por representantes estatales de cada uno de los 47 Estados miembros

28 Véase también el concepto de “activismo dialógico” desarrollado por Rodríguez Garavito (2011), que se refiere a un desarrollo parecido en el ámbito nacional.

29 Con la introducción de la Carta de derechos y libertades en 1982, Canadá se apartó de su modelo de soberanía parlamentaria de estilo británico para adoptar un sistema en el que se expandió considerablemente el poder de control de constitucionalidad del Tribunal Supremo. Sin embargo, el modelo retiene una norma que “permite que un órgano legislativo responda ante decisiones judiciales que impongan restricciones constitucionales volviendo a aprobar la ley demandada”. La norma permite a los órganos legislativos hacer las leyes efectivas “sin perjuicio” de las normas protectoras de los derechos consagradas en la Carta (véase Tushnet, 2003c, p. 354).

del Consejo de Europa, que cooperan entre sí y con los Estados demandados con el fin de especificar las medidas apropiadas cuando existe una violación de derechos humanos. El proceso de cumplimiento lo supervisa exclusivamente el brazo político, el Comité de Ministros. Este órgano tiene también la facultad de declarar oficialmente un caso como “cerrado”, con lo cual pone fin al proceso de cumplimiento una vez que se ha implementado la sentencia satisfactoriamente.³⁰

Esta estructura institucional difiere de la original del sistema regional africano y también de los mecanismos de supervisión de los tratados de las Naciones Unidas, puesto que sustituye la simple declaración de una violación y la petición indeterminada de remedios por requisitos más exigentes. En el sistema europeo, la sentencia del Tribunal Europeo limita el rango de opciones disponibles para que el Estado cumpla con la decisión, y existe una revisión por pares, interestatal, que supervisa el proceso de cumplimiento.³¹ Si el Tribunal no ha señalado remedios específicos, entonces otorga discrecionalidad al Estado para determinarlos. El Departamento para la Ejecución de Sentencias (que actúa como la secretaria del Comité de Ministros), le solicita al Estado correspondiente que prepare un plan de acción, preferiblemente en el plazo de seis meses, en el que se establezca cómo se cumplirá con la sentencia, o, alternativamente, que presente un informe en el que se detalle cuáles han sido las acciones emprendidas. Sin embargo, el plan de acción tiene que acordarse con el Comité de Ministros antes de que se convierta en el plan de implementación. El plan de acción acordado permanece en la agenda de las reuniones cuatrimestrales del Comité de Ministros hasta que todas las medidas contempladas se hacen efectivas. Los demandantes particulares y las organizaciones no gubernamentales tienen acceso a todo el proceso de cumplimiento y pueden hacer aportes por escrito a las discusiones del Comité de Ministros.³²

30 Véanse párrafos 1 y 2 del artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: “1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”.

31 Desarrollamos con más detalle esta idea en Çali y Koch, “Foxes Guarding the Foxes: Peer Review of Enforcement of Human Rights Judgments in Europe” (2014).

32 “Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements” (Reglas para la aprobación de acuerdos extrajudiciales), adoptadas por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006 en la reunión 964⁸ de los delegados ministeriales (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=999329&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>).

Instrumentos internacionales que contemplan un control judicial fuerte

En el ámbito nacional, el control de constitucionalidad fuerte se asocia con frecuencia con el Tribunal Supremo de Estados Unidos: este Tribunal cuenta con el poder de anular cualquier ley o tratado que considere inconstitucional (Tushnet, 2003c). Como se mencionó, no hay ningún tribunal internacional que tenga el poder de anular legislación, políticas o decisiones nacionales y, por consiguiente, el concepto de control judicial fuerte tiene que definirse conforme a las diferentes características de la esfera internacional en comparación con las de la esfera nacional. En nuestra opinión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sería la institución que está más cerca de ser una versión internacional del control judicial fuerte. ¿Por qué? A diferencia de otras instituciones internacionales estudiadas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos especifica las medidas que tienen que tomar los Estados para cumplir con sus sentencias y remediar así una violación específica; lo hace de una manera excepcionalmente detallada, por lo cual no deja espacio para deliberar en el futuro sobre cuál podría ser la forma apropiada de cumplimiento.³³ Los ejemplos incluyen reapertura de escuelas rurales, tratamientos médicos y psicológicos para víctimas, o rechazo de partes específicas de la legislación.³⁴ A partir de esto, Basch (2007, p. 14) concluye que el tribunal funciona de facto como un tribunal de apelación. A efectos de nuestro argumento, es importante señalar que la eventual ausencia de deliberación con respecto a la forma exacta de implementación de las sentencias eleva los costos de cumplimiento para los destinatarios renuentes a las medidas. No obstante, el sistema ofrece ventajas específicas desde la perspectiva de los “destinatarios deseosos de cumplir con las medidas”, puesto que les permite aprobar reformas de hondo alcance y, al mismo tiempo, desviar las posibles críticas hacia la Corte IDH.

33 Esto está establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Véanse, en concreto, los artículos 1, 2, 50, 51, 63 y 68 de dicha Convención.

34 Véanse, por ejemplo, *Aloeboetoe vs. Surinam*, 1993, Corte Interamericana de Derechos Humanos (ser. C) n. 11, párr. 11-15 (10 de septiembre de 1993); *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 116, párr. 32 a)-b), 38, 49.2-49.4, 19 de noviembre de 2004; *Almonacid Arellano et al. vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154.

Lecciones aprendidas del contexto europeo: las motivaciones para el cumplimiento nacional y el diseño institucional internacional

Frecuentemente se supone que el sistema europeo de derechos humanos tiene un buen historial de cumplimiento y que ello se debe al hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupa de los DCP en una región que se caracteriza por tener valores democráticos arraigados y autoridades estatales que respetan, en general, los derechos humanos (Cavallaro y Brewer, 2008); esto implica que los Estados europeos no tienen que tomar medidas exigentes para hacer cumplir las sentencias del Tribunal Europeo. Sin embargo, cuando se estudia más de cerca el sistema europeo de derechos humanos se observa que sus Estados miembros incluyen una gran variedad de tipos de regímenes políticos, que las sentencias del Tribunal requieren muchas veces medidas complejas y exigentes, y que el cumplimiento demanda procesos largos tanto en los Estados de larga membresía como en los nuevos (Council of Europe, Committee of Ministers, 2009, 2015). Esto sugeriría que el hecho de que haya una motivación ligada a las ideas de derechos humanos, aunque es parte del asunto, no explica adecuadamente la dinámica del cumplimiento de los derechos humanos en Europa.

En nuestra investigación cualitativa sobre la motivación que tenían los sujetos encargados del cumplimiento para llevarlo a cabo, encontramos un fuerte apoyo del sistema al cumplimiento de las sentencias de derechos humanos, entremezclado con motivaciones contrarias al mismo. Nuestras entrevistas en Alemania, Irlanda y Reino Unido muestran que las personas encargadas de tomar decisiones en las democracias europeas más antiguas consideran que el Consejo de Europa es una forma de afirmar su identidad social como Estados respetuosos de los derechos humanos y también como una forma de extender los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho a nuevos miembros del Consejo y más allá. Se considera que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son una manera independiente y objetiva de presionar a otros Estados para que cumplan con la normatividad de los derechos humanos. Con el propósito de animar a los recién llegados a que desarrollen estructuras que respeten los derechos humanos, estas democracias más antiguas se sienten obligadas a dar ejemplo y hacer cumplir las sentencias. Por consiguiente, para las democracias europeas más antiguas existen costos normativos y costos internacionales de audiencia en relación con no hacer cumplir las sentencias dirigidas contra ellas. Por otro lado, nuestras entrevistas en Turquía y Bulgaria, dos Estados transicionales de la periferia oriental

europea, muestran que los sujetos en esos países están motivados por la mejora del Gobierno nacional y el reemplazo de las anteriores tradiciones comunistas o autoritarias. Más en general, se esfuerzan por pertenecer a una zona de democracia y de Estado de derecho, y consideran el cumplimiento de las sentencias de derechos humanos como un medio para conseguir esa pertenencia regional. En consecuencia, contemplan también los costos normativos y de audiencia que se producen cuando no se respetan las sentencias.

Sin embargo, los encargados de tomar decisiones en las democracias asentadas y en las más nuevas tienen también motivaciones contrarias al cumplimiento. Las élites en las antiguas democracias, con sistemas de derecho bien establecidos, tienen un elevado grado de confianza en sus propios sistemas y tienden a considerar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se inmiscuye en procedimientos nacionales de decisión ya establecidos (Hoffmann, 2009; Hale, 2011). Esa percepción aumenta los costos de gobernanza relacionados con el cumplimiento de las sentencias de derechos humanos. En ese mismo sentido, las personas encargadas de tomar decisiones democráticas se oponen a las decisiones del Tribunal Europeo por razones normativas y argumentan que este carece de legitimidad para iniciar cambios profundos en entornos democráticos nacionales.³⁵ Eso es lo que ocurre cuando las sentencias del Tribunal estipulan remedios complejos que requieren cambios políticos que normalmente serían decididos por los órganos legislativos nacionales. En el caso de los Estados transicionales, las motivaciones en contra del cumplimiento tienden a arraigarse en argumentos relativos a la necesidad de proteger, o bien la identidad nacional, o bien las ideologías que forman parte de la cultura política, judicial o burocrática nacionales.

En Europa, tanto en los contextos democráticos como transicionales, los costos de audiencia, de gobierno y normativos derivados de hacer cumplir las sentencias en el sistema no llevan a inclinarse necesariamente en favor del cumplimiento. A esos costos deben añadirse los derivados de casos específicos. Como se analizó en la sección anterior, las cuestiones de política pública que están detrás de una sentencia específica acentúan los costos de audiencia y gobernanza, o dan lugar a motivaciones normativas en contra del cumplimiento. El diseño

35 Por ejemplo, véanse algunos debates particulares del Reino Unido: "European Judges have no right to rule on prisoner voting, says Grieve", *The Guardian*, 2 de noviembre de 2011, y la presentación de Lord Hoffman al texto *Bringing Rights Back Home* (Policy Exchange, febrero de 2011), Judicial Studies Board Annual Lecture 2009, *The Universality of Human Rights*. Jack Straw, exministro del Interior del Reino Unido: House of Commons Debate, 10 de febrero de 2011, Hansard Col 504; Dominic Raab (2011).

institucional del sistema europeo de derechos humanos incide en esos costos y beneficios percibidos por la vía de la determinación de los requisitos de cumplimiento y su supervisión: por un lado, su forma dialógica de determinar los requisitos finales de cumplimiento tiende a hacer que haya una apropiación de las medidas acordadas para el cumplimiento en la esfera nacional; por otro lado, el hecho de mantener los casos pendientes de cumplimiento en la agenda de un mecanismo de revisión interestatal por el resto de miembros durante un periodo indefinido de tiempo impide que los casos “desaparezcan de la vista” y constituye una oportunidad continua de presión política para los defensores nacionales de los derechos. La siguiente sección analiza estos mecanismos con mayor detalle.

El modelo deliberativo de cumplimiento y el cumplimiento de los derechos civiles y políticos en el contexto europeo

En Europa, el control judicial llevado a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una función importante a la hora de influenciar los costos percibidos del cumplimiento, normativos y de gobernanza, al crear algo de “espacio para respirar” para los Gobiernos nacionales, sobre todo en casos que requieren medidas complejas y exigentes. Los ejemplos incluirían las sentencias que exigen cambios en las políticas de vivienda o de nacionalización, o las sentencias que exigen reformas carcelarias.³⁶ Al no establecer los cambios precisos que deben hacerse en las políticas, sino, en lugar de eso, disponer la ayuda de expertos (la Secretaría) y crear un foro de discusión (las reuniones cuatrimestrales de derechos humanos), el sistema europeo reconoce el valor de conseguir medidas apropiadas mediante procesos democráticos nacionales, y estimula que los sujetos nacionales se apropien de las medidas de cumplimiento. Por esa razón, proponemos llamar al modelo de cumplimiento en Europa, que caracterizamos antes como una forma intermedia de revisión judicial, “modelo deliberativo de cumplimiento”.

Con el propósito de evaluar cómo se genera la apropiación nacional de las sentencias en el contexto europeo, se necesita proporcionar una explicación más detallada de los mecanismos de cumplimiento existentes. Desde el punto de vista formal, hay tres tipos de medidas que

36 Cf. *Sarica and Dilaver vs. Turkey* (11765/05), 17 de mayo de 2010; *Saghinadze and others vs. Georgia* (18768/05), 27 de mayo de 2010; *Dokic vs. Bosnia Herzegovina* (6518/04), 27 de mayo de 2010; *Kalashnikov vs. Russia* (47095/99), 15 de octubre de 2002.

deben cumplirse en el sistema europeo de derechos humanos: pago de indemnizaciones, medidas individuales y medidas generales. Esta enumeración sigue un orden creciente de exigencia; cuanto más exigentes son las medidas, mayores son los costos de cumplimiento que implican. El pago de una indemnización pretende remediar los daños financieros y emocionales sufridos por un demandante a consecuencia de una violación de derechos humanos; se exige a los Estados que paguen indemnizaciones en los tres meses siguientes a la adopción de la decisión. Las medidas individuales buscan reintegrar al demandante a la posición que tenía antes de que se produjera la violación relevante de derechos humanos o eliminar las consecuencias persistentes de una violación para el demandante. Son específicas para cada caso; pueden incluir eliminar las acusaciones de los antecedentes penales, detener las órdenes de deportación, conceder permiso a un padre para visitar a su hijo o reabrir los procesos nacionales en los tribunales de ese país. Las medidas generales pretenden prevenir que vuelvan a tener lugar violaciones parecidas en el futuro. El Tribunal recurre a las medidas generales cuando se considera que una violación determinada no es un incidente “aislado”, sino parte de un problema sistémico.³⁷ Esos problemas pueden requerir cambios en las prácticas y políticas legislativas, reglamentarias o administrativas, o reformas institucionales, formación de autoridades públicas y creación de una mayor conciencia sobre las sentencias de derechos humanos mediante su traducción y difusión; todas estas medidas tienen consecuencias financieras.

La característica más significativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto al cumplimiento es que este no tiene que definir los requisitos de implementación para todos y cada uno de los casos. Las sentencias son de tres tipos: primero, muchas de las relativas a derechos humanos en Europa son “declaratorias”. En estos casos, el Tribunal establece que ha habido una violación de derechos y determina la cantidad de la indemnización y los costos legales que se le deben pagar al demandante. Deja en manos del Estado decidir cuáles son los mejores medios para remediar las consecuencias más amplias de la violación y para impedir su repetición mediante medidas individuales y generales apropiadas.³⁸ En segundo lugar, junto con el

37 En el lenguaje del Comité de Ministros, los primeros son llamados “casos aislados” y los segundos “casos guía”. Los casos guía señalan el hecho de que hay otras violaciones parecidas a punto de ocurrir debido a las deficiencias sistémicas del sistema nacional, y que el Estado debe ocuparse de esos problemas sistémicos para cumplir con la sentencia.

38 También es usual que la Corte declare que la determinación de la existencia de una violación es, en sí misma, suficiente satisfacción para el demandante; véase, por ejemplo, *Castells vs. Spain* (11798/85), 23 de abril de 1992.

reconocimiento de indemnizaciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos va un paso más allá e indica cuáles son las medidas individuales o generales que deberían adoptarse. Por ejemplo, estipula que la ley específica debería cambiarse o que se le debería proporcionar al demandante un remedio concreto, como la restitución o el reconocimiento de su condición jurídica.³⁹ En tercer lugar, y más recientemente, el Tribunal ha adoptado lo que se conoce como “procedimiento de las sentencias piloto”;⁴⁰ conforme a este procedimiento, no solo identifica una violación del convenio, sino también un problema sistémico subyacente que lleva a la existencia de un gran número de casos idénticos procedentes de un único país.⁴¹ En la sentencia le ofrece ayuda al Estado y al Comité de Ministros para encontrar una solución general apropiada que se ocupe del grupo completo de casos. También concede una cantidad de tiempo razonable al Estado para que este establezca un remedio efectivo en general y para que el Comité de Ministros lo supervise; durante ese periodo suspende los procesos que se ocupan de casos idénticos y espera que se instauren las medidas nacionales requeridas y se pongan en práctica. Sin embargo, conserva el derecho de volver a abrir los procesos suspendidos si el Estado no proporciona un remedio adecuado para esos casos en el ámbito nacional.

Ventajas y desventajas del modelo deliberativo de cumplimiento

Las tres clases de sentencias descritas muestran cierta deferencia hacia el Estado y el Comité de Ministros en sus tareas respectivas de

39 Véase, por ejemplo, *Ünal Tekeli vs. Turkey* (29865/96), noviembre de 2004, que señala que hay que modificar el Código Civil para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres a la hora de escoger sus nombres tras el matrimonio, y *Gorgulu vs. Germany* (74969/01), 26 de mayo de 2004, que señala que a un padre al que se le negó la custodia de su hijo tras un procedimiento nacional debería tener la posibilidad de contactos con este para remediar la violación de su derecho a la vida familiar.

40 El primer caso en el que se aplicó el procedimiento de las sentencias piloto fue *Broniowski vs. Poland* (31443/96), 28 de septiembre de 2004.

41 El procedimiento de la sentencia piloto se aplica a casos idénticos que muestran problemas sistémicos en varios países. Entre los ejemplos de sentencias piloto estarían los casos sobre acceso a la propiedad en el norte de Chipre (*Xenides-Arestis vs. Turkey*, 46347/99, 22 de diciembre de 2005), duración de los procesos y expropiación de facto en Italia (*Scordino vs. Italy*, 36813/97, 29 de marzo de 2006), el sistema de restitución de la propiedad en Albania (*Driza vs. Albania*, 33771/02, 13 de noviembre de 2007), alquiler y venta obligatoria de propiedad en la República Eslovaca (*Urbárska Obec Trenčianske Biskupice vs. Slovakia*, 74258/01, 27 de noviembre de 2007), y los procedimientos inadecuados de los regímenes disciplinarios carcelarios en Turquía (*Gülmez vs. Turkey*, 16330/02, sentencia de 20 de mayo de 2008).

cumplimiento y supervisión, ya que permiten que se decida autónomamente qué remedios serían apropiados tanto en la esfera nacional como en el contexto del sistema de revisión por pares existente en el Comité de Ministros. Esta práctica institucional se basa en la idea de que la protección supranacional de los derechos humanos es complementaria a la protección nacional, y que los Estados (democráticos) están en mejor posición que los órganos internacionales a la hora de valorar los requisitos que deberían tener las medidas para hacer cumplir dichos derechos (Carozza, 2003; Leach, 2001, p. 93). Según un modelo estrictamente jurídico de cumplimiento, existen obvias dificultades con esa estructura. La discrecionalidad que se le deja al Estado y al órgano de revisión por pares implica el riesgo de “disolver” los efectos reales de las sentencias y puede fomentar negociaciones diplomáticas ocultas sobre cuáles serían las medidas apropiadas. Cuando los requisitos del cumplimiento son ambiguos, los Estados que pretenden limitar los efectos nacionales de las sentencias supranacionales de derechos humanos pueden usar este sistema en su propio beneficio.

Dicho esto, incluso si el sistema europeo de derechos humanos permite deliberar sobre cómo debería cumplirse una sentencia, ello no equivale a un proceso puramente político de cumplimiento, marcado por negociaciones diplomáticas e interestatales. En lugar de eso, la combinación de sentencias de derechos humanos bien razonadas y deliberaciones políticas equivale con frecuencia a un proceso predecible en el que casos parecidos contra cualquiera de los Estados se tratarán de la misma manera.⁴² A la hora de estipular los requisitos de cumplimiento, el Comité de Ministros se ve constreñido por los textos de las sentencias en los que el Tribunal ha identificado deficiencias en la protección de los derechos humanos. En el ámbito europeo, el espacio

42 El Comité de Ministros aprueba resoluciones sobre requisitos con respecto a problemas repetitivos, y publica documentos sobre las “mejores prácticas” en las que describe los requisitos de cumplimiento en casos parecidos. Véase, por ejemplo, Recommendation c(2000)2 del Comité de Ministros, en la que recomienda a los Estados miembros reexaminar o reabrir ciertos casos en el ámbito nacional tras las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (adoptada el 19 de enero de 2000 en la 694ª reunión de los delegados ministeriales); Recommendation CM/Rec(2004)6 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mejora de los remedios nacionales (adoptada el 12 de mayo de 2004 en su reunión 114a); CM/Inf/DH(2007)33, documento informativo “Round table on non-enforcement of domestic courts decisions in member states: general measures to comply with European Court Judgements”, documento preparado por el Departamento de Ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Recommendation CM/Rec(2008)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la capacidad nacional efectiva para la ejecución rápida de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (adoptada por el Comité de ministros el 6 de febrero de 2008 en la reunión 1017ª de los delegados ministeriales).

de deliberación que se le deja a las autoridades estatales y al Comité de Ministros se podría considerar, por consiguiente, bajo una luz positiva. Garantiza que el proceso de implementación establecerá requisitos realistas, que al final conducirán al cumplimiento, en la mayoría de los casos, efectivo. La ausencia de un enfoque jerárquico descendente con respecto a medidas complejas y exigentes aumenta la legitimidad del Tribunal a los ojos de los Estados demandados. La participación activa en el proceso de identificación de los requisitos apropiados de cumplimiento permite a las autoridades estatales desarrollar un sentimiento de pertenencia con respecto a tal proceso y, a su vez, aumenta la probabilidad de una implementación efectiva. Además, los casos solo se cierran oficialmente una vez que se han completado los requisitos de cumplimiento acordados. Eso hace imposible para un Estado “desconocer” las sentencias impopulares del Tribunal, ya que mediante las discusiones regulares de los casos abiertos que se producen en el Comité de Ministros se mantiene la presión con relación al cumplimiento durante un periodo ilimitado de tiempo.

A pesar de estas características positivas sigue existiendo en el sistema el peligro de un cumplimiento extremadamente lento o negligente,⁴³ y no hay herramientas sancionatorias muy desarrolladas para reaccionar en esos casos. Es posible expulsar por voto mayoritario a un Estado del Consejo de Europa, pero eso constituye una medida extrema a la que nunca se ha recurrido en la historia de la organización. Por consiguiente, la única herramienta de presión práctica disponible para el Comité de Ministros es la exposición pública de los Estados que son culpables de poner en práctica procesos lentos o negligentes, durante las reuniones cuatrimestrales regulares del Comité. Esas herramientas pretenden persuadir normativamente a los destinatarios reticentes y aumentar los costos de audiencia por el incumplimiento. El Comité de Ministros hace esta exposición pública dictando “resoluciones provisionales” que indican su insatisfacción con aspectos específicos de un proceso determinado de cumplimiento.⁴⁴ El Protocolo 14

43 Reporte del Comité de Ministros sobre implementación lenta y negligente. Reporte de actividades: Acción sostenible para asegurar la efectividad de la implementación de las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos en los niveles nacionales y europeos, tal y como se adoptó por el CDDH en su 66a reunión, 25-28 de marzo de 2008. (http://www.coe.int/t/e/human_rights/cddh/3_committees/01.%20steering%20committee%20for%20human%20rights%20%28cddh%29/05.%20meeting%20reports/66thAddI_en.as).

44 Para un ejemplo reciente, véase Interim Resolution CM/Res DH (2010)35 sobre Execution of the judgments of the European Court of Human Rights in 31 cases against the Russian Federation mainly concerning conditions of detention in remand prisons (tal y como se adoptó por el Comité de Ministros el 9 de marzo de 2010 en la 1078ª reunión de los delegados ministeriales) (<https://wcd>).

del Convenio Europeo de Derechos Humanos constituye una innovación reciente que complementa las herramientas tradicionales de presión diplomática y bochorno público mediante nuevos procedimientos institucionales, y faculta al Comité de Ministros para emprender un “proceso por infracción” contra un Estado que no coopera con él.⁴⁵ Ese proceso le permite al Tribunal Europeo de Derechos Humanos tener una intervención más directa en el proceso de cumplimiento al darle poder para determinar en qué medida un Estado ha cumplido con una sentencia. Dado que el procedimiento se ha instaurado en los últimos años, es difícil evaluar su efectividad a la hora de inducir el cumplimiento.

El proceso de supervisión continuado que efectúa el Comité de Ministros fomenta el cumplimiento final de las sentencias del Tribunal. La inexistencia de presión temporal permite a las autoridades nacionales, además, ajustarse a las sentencias que son especialmente difíciles de cumplir debido a costos de audiencia, gobierno o normativos especialmente altos. La explicación de Dorf y Sabel sobre los mecanismos subnacionales que esos autores describen como “experimentalismo democrático” muestra importantes parecidos procesales con el modelo de cumplimiento deliberativo europeo:

El experimentalismo democrático requiere que los agentes sociales [subnacionales], por separado y mediante relaciones entre ellos, tengan en cuenta las consideraciones constitucionales en su proceso de decisión. El organismo administrativo asiste a los sujetos, incluso durante el proceso de supervisión de sus acciones, al vigilar las reacciones de cada uno frente a las propuestas relevantes de los otros. Los tribunales determinan entonces si el organismo administrativo ha cumplido con sus obligaciones de fomentar y generalizar los resultados de esa información compartida (1998, p. 268).

Con independencia de los diferentes campos y niveles de aplicación, estos sorprendentes paralelos conceptuales apoyan nuestros argumentos de que el éxito relativo del modelo europeo se puede explicar mejor señalando el espacio que deja para la deliberación, la cooperación y el intercambio continuo de información entre el órgano de decisión del conflicto y los sujetos demandados, todo lo cual tiene un papel en la formación de los costos de cumplimiento.

coe.int/ViewDoc.jsp?id=1594661&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383).

45 Véase artículo 16 del Protocolo 14 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que modifica el sistema de control de la Convención (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/194.htm>).

Cuando se reflexiona sobre la posible aplicación de las lecciones aprendidas del contexto europeo a otros contextos regionales, es importante señalar que la reputación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en gran parte permanece intacta frente a los casos de cumplimiento tardío o lento. Eso se debe al hecho de que las sentencias del Tribunal no son intrusivas con respecto a las medidas que impone, y a que no tiene ninguna responsabilidad formal por la vigilancia del cumplimiento de sus propias sentencias. Para que esa tarea jurídico-política compartida funcione en otras regiones del mundo o internacionalmente, el órgano judicial supranacional correspondiente tiene que ser muy valorado por el órgano intergubernamental, de manera que las decisiones tomadas por una institución no se vean debilitadas por la otra. Además, las sentencias dictadas por el Tribunal tienen que ser suficientemente claras y estar bien razonadas, de manera que permitan una valoración razonable de los requisitos de cumplimiento. Se reconoce que la rica jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con más de 10.000 sentencias en los últimos cincuenta años, contribuye también al proceso de identificación de las medidas adecuadas.

Conclusiones

En este capítulo se ha argumentado que los retos inherentes al cumplimiento de los DCP y de los DESC tienen en común más aspectos de los que se reconocen actualmente en la literatura académica. Al defender que la fuerza respectiva del control judicial es una característica definitoria de los mecanismos internacionales para el cumplimiento de los derechos humanos, sostiene que tanto el diseño de los sistemas internacionales de cumplimiento como la dinámica de las motivaciones nacionales del mismo —teniendo en cuenta que las primeras influyen las segundas— constituyen dos elementos cruciales que afectan los procesos de cumplimiento y los resultados finales, con independencia de cuál sea la clase de violación de derechos que se esté decidiendo. El diseño de un sistema internacional de cumplimiento influye en particular en el grado de apropiación del proceso de cumplimiento por las autoridades públicas y en el grado de participación de las organizaciones no gubernamentales en la determinación de las medidas apropiadas y las actividades de seguimiento.

El ejemplo europeo ilustra cómo el diseño de un sistema internacional concreto (en este caso regional) puede tener consecuencias constitutivas en la dinámica nacional de cumplimiento. El diseño del modelo deliberativo europeo de cumplimiento le concede al Estado un margen de discrecionalidad a la hora de especificar las medidas. Ello tiende a

incrementar la tendencia a la apropiación del proceso por parte de los sujetos nacionales. En el caso de Europa, las desventajas potenciales de que los Estados participen en la especificación de las medidas se ven compensadas por el diseño institucional del cumplimiento y el régimen de medidas. El sistema europeo se caracteriza además por una variedad creciente de oportunidades para que organizaciones no gubernamentales participen en la especificación de los requisitos de cumplimiento. Esa participación tiene potencial para influenciar los costos de audiencia y también para prevenir los riesgos de una implementación menor a la esperada.

Cuando se reflexiona sobre el cumplimiento de los derechos económicos y sociales, el modelo deliberativo que hemos presentado tiene algunas ventajas importantes: permite a los Estados valorar de manera realista cuáles son las medidas que se necesita adoptar para solucionar las violaciones de derechos, y proporciona a las organizaciones no gubernamentales puntos de entrada para influenciar las decisiones sobre las medidas apropiadas, desde las primeras etapas del proceso. El permitir que los Estados se apropien más de las decisiones relativas al cumplimiento aumenta la legitimidad del proceso a los ojos de los Estados demandados, y tiene el potencial de compensar la resistencia. Sin embargo, es importante tener presente que la jurisprudencia bien desarrollada y razonada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto a los DCP actúa como garantía contra la obstrucción del proceso de cumplimiento por los agentes nacionales. En el caso de las decisiones judiciales sobre DESC, serían cruciales sentencias bien razonadas y con directrices adecuadas en relación con las medidas convenientes.

Se debe tener en cuenta el diseño de regímenes supranacionales de cumplimiento y sus costos percibidos cuando se valoran los méritos relativos de las diferentes estrategias para inducir al cumplimiento por parte de las organizaciones no gubernamentales. El diseño del régimen es relevante a la hora de determinar si los agentes estatales y privados, incluidas las organizaciones no gubernamentales, tienen posibilidad de participar en la especificación de las medidas y en qué grado pueden hacerlo. La participación de las organizaciones no gubernamentales en ese proceso debería estimularse tanto por los órganos de decisión de conflictos como por los Estados demandados. Mediante la supervisión y la difusión pública de las medidas adoptadas por los Estados en respuesta a sentencias supranacionales de derechos humanos, las organizaciones no gubernamentales pueden exponer todavía más el comportamiento de los Estados que intentan limitar el proceso de cumplimiento tratando solo superficialmente los problemas relevantes.

Con respecto a influenciar los procesos nacionales de cumplimiento, la principal lección de este capítulo es que las organizaciones no gubernamentales deberían pasar de un paradigma de uso estratégico de los tribunales a otro que se concentre en el cumplimiento de las sentencias. El aumento de la participación en la formulación y la supervisión de los remedios es fundamental en ese cambio de paradigma. Eso es especialmente importante cuando los procesos judiciales afectan a comunidades marginadas y a grupos desfavorecidos, que tienden a ser ignorados por los Estados demandados, o cuando las medidas tienen altos costos de cumplimiento que no son obvios para el público general. En esos casos, en lugar de esperar que la decisión judicial consiga provocar directamente el cumplimiento, es aconsejable tener en cuenta las estrategias de implementación incluso antes de que comience el proceso judicial.

Referencias

- Alston, P. (1982). A Third generation of solidarity rights: Progressive development or obfuscation of international human rights law? *Netherlands International Law Review*, 29 (3), 307-322.
- Alston, P. y Quinn, G. (1987). The nature and scope of states parties' obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, 9 (2), 156-229.
- Anagnostou, D. (2010). Does european human rights law matter? Implementation and Domestic impact of Strasbourg Court judgments on minority-related policies. *International Journal of Human Rights*, 14 (5), 721-743.
- Baluarte, D. y De Vos, C. (2010). *From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions*. New York: Open Society Foundations.
- Basch, F. F. (2007). The doctrine of the Inter-American Court of Human Rights regarding states' duty to punish human rights violations and its dangers. *American University International Law Review*, 23 (1), 195-230.
- Benvenisti, E y Downs, G.W. (2009). National courts, domestic democracy, and the evolution of international law. *European Journal of International Law*, 20 (1), 59-72.
- Berman, S. (1998). *The Social Democratic Moment: Ideas and Politics in the Making in Interwar Europe*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Beyers, J. (2005). Multiple embeddedness and socialization in Europe: The case of Council Officials. *International Organisation*, 59 (4), 899-936.

- Çali, B. (2010). The logics of supranational human rights litigation, official acknowledgment, and human rights reform: The southeast Turkey cases before the European Court of Human Rights, 1996-2006. *Law and Social Inquiry*, 35 (2), 311-337.
- Çali, B. y Koch, A. (2014). Foxes guarding the foxes? Peer review of human rights judgments by the Committee of Ministers of the Council of Europe. *Human Rights Law Review*, 14 (2), 301-325.
- Cárdenas, S. (2007). *Conflict and Compliance: State Responses to International Human Rights Pressure*. Philadelphia: Pennsylvania University Press.
- Carozza, P. G. (2003). Subsidiarity as a structural principle of international human rights law. *American Journal of International Law*, 97, 38-79.
- Cavallaro, J. y Brewer, S. E. (2008). Re-evaluating regional human rights litigation in the twenty first century: The case of the Inter American Court. *American Journal of International Law*, 102, 768-827.
- Council of Europe, Committee of Ministers (2009). *Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: 3rd Annual Report*. Strasbourg: Directorate General of Human Rights and Legal Affairs.
- (2015). *Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: 9th Annual Report*. Strasbourg: Directorate General of Human Rights and Legal Affairs.
- Crawford, J. (2002). *The International Law Commission's Articles on State Sovereignty*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dai, X. (2005). Why comply? The domestic constituency mechanism. *International Organization*, 59 (2), 363-398.
- Dai, X. (2007). *International Institutions and National Processes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dembour, M. B. (2003). Human rights law and national sovereignty in collusion: The plight of quasi-nationals at Strasbourg. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 21 (1), 63-98.
- Dixon, R. (2007). Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 5 (3), 391-418.
- Dorf, M. C. y Sabel, C. F. (1998). A constitution of democratic experimentalism. *Columbia Law Review*, 98 (2), 267-473.
- Downs, G. W. y Jones, M. A. (2002). Reputation, compliance and international law. *Journal of Legal Studies*, 31 (1), 595-115.
- Fearon, J. D. (1994). Domestic political audiences and the escalation of international disputes. *American Political Science Review*, 88 (3), 577-592.
- Gardbaum, S. (2001). The new Commonwealth model of constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, 49, 707-760.

- Gaubatz, K. T. (1996). Democratic states and commitment in international relations. *International Organization*, 50 (1), 109-139.
- Gauri, V. y Brinks, D. (eds.) (2008). *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gloppen, S. (2009). Legal Enforcement of Social Rights: Enabling conditions and impact assessment. *Erasmus Law Review*, 2 (4), 465-480.
- Goodman, R. y Jinks, D. (2008). Incomplete internationalization and compliance with international law. *European Journal of International Law*, 19 (4), 725-748.
- Guzman, A. (2009). *How International Law Works: A Rational Choice Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Hillebrecht, C. (2014). *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The Problem of Compliance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Langford, M. (ed.) (2008). *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Leach, P. (2001). *Taking a Case to the European Court of Human Rights*. London: Blackstone Press.
- Merali, I. y Oosterveldeds, V. (2001). *Giving Meaning to Economic, Social, and Cultural Rights*. Philadelphia: University of Philadelphia Press.
- Meron, T. (1986). On a hierarchy of international human rights. *American Journal of International Law*, 80, 1-23.
- Mowbray, A. (2004). *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing.
- Musila, M. G. (2006). The right to an effective remedy under the African Charter on Uman and Peoples' Rights. *African Human Rights Law Journal*, 6 (2), 442-464.
- Mutua, M. (1999). The African Human Rights Court: A Two-legged stool? *Human Rights Quarterly*, 21 (2), 342-363.
- Palmer, E. (2009). Protecting Socio-economic rights through the European Convention on Human Rights: Trends and developments at the European Court of Human Rights. *Erasmus Law Review*, 2 (4), 397-425.
- Raustiala, K. y Slaughter, A. M. (2002). International law, international relations and compliance. En Carlsnaes, W., Risse, T. y Simmons, B. A. (eds.). *Handbook of International Relations* (pp. 538-558). London: Sage Publications.
- Rodríguez-Garavito, C. (2011). Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89 (7).

- Saito, N. T. (1996). Beyond Civil Rights: Considering 'third generation' international human rights law in the United States. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 28 (2), 387-412.
- Simmons, B. (2009). *Explaining Variation on State Commitment to and Compliance with International Human Rights Treaties* [ponencia presentada] International Legal Theory Colloquium: Interpretation and Judgment in International Law, New York.
- Tallberg, J. (2002). Paths to compliance: Enforcement, management and the European Union. *International Organisation*, 56 (3), 609-643.
- Tushnet, M. (2003a). Social welfare rights and the forms of judicial review. *Texas Law Review*, 82, 1895-1919.
- Tushnet, M. (2003b). New Forms of judicial review and the persistence of rights —and democracy—based worries. *Wake Forest Law Review*, 38, 813-838.
- Tushnet, M. (2003c). Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism. *Law and Philosophy*, 22 (3/4), 353-379.
- Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional*. Princeton: Princeton University Press. Disponible en: http://books.google.de/books?hl=de&lr=&id=shEi2fFIAeQC&oi=fnd&pg=PR9&dq=tushnet+2008&ots=qm kX0vZiDq&sig=Gj6UAmyTe4wUJXKc_4Tm-H11Fy0.
- Wiener, A. (2004). Contested Compliance: Interventions on the normative structure of world politics. *European Journal of International Relations*, 1 (2), 189-234.

3. Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales

*César Rodríguez Garavito**

* Este capítulo es una versión revisada de Rodríguez Garavito (2011a). Doy las gracias a Camila Soto y Carolina Bernal por su asistencia excepcional en la investigación, y a Daniel Brinks, Jackie Dugard, Siri Gloppen, Malcolm Langford y Rodrigo Uprimny por sus comentarios a versiones anteriores. Agradezco especialmente a mi colega Diana Rodríguez Franco por su contribución decisiva como coautora en el estudio de caso que proporcionó las bases empíricas del proyecto de investigación más amplio que se presenta en este capítulo (véase Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015).

Introducción

Hacia las 2 de la tarde del 20 de octubre de 2016, Jorge Iván Palacio, magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, se acercó al podio para abrir una audiencia pública en un lugar extraordinario. La audiencia era la continuación del proceso de seguimiento de una de las sentencias más importantes de uno de los tribunales más activistas con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). En una decisión de 2008 (T-760/08), la Corte dictó órdenes estructurales y asumió el largo proceso de supervisar su cumplimiento, con el fin de ocuparse de las causas estructurales que estaban en el núcleo de las fallas del sistema de servicios de salud. La audiencia se celebró en Quibdó, la capital del departamento más pobre de Colombia, cuyo hospital se caía a pedazos, como la Corte había confirmado en una visita el mismo día.

A pesar de la evidencia de lo mucho que faltaba para hacer efectivo el derecho a la salud, la audiencia también dejó claro a todos los que estábamos allí los efectos que habían tenido los siete años de intervención de la Corte. La decisión y el proceso de supervisión provocaron reformas legislativas y administrativas que mejoraron sustancialmente los servicios de salud, como reconoció el ministro de Salud en su presentación. Además, hizo que la cuestión de la crisis del sector fuera el centro de atención de los medios de comunicación y del debate público, como subrayamos en nuestras presentaciones los analistas nombrados por la Corte como peritos para este caso, y como lo demostraba la presencia de cámaras y de medios de comunicación nacionales en el evento. Se consiguió también generar un diálogo entre diferentes sectores profesionales y sociales involucrados en el sistema de salud: médicos, pacientes y ONG de derechos humanos, que comparecieron durante todo el día ante la Corte.

Aunque la Corte Constitucional colombiana, en general, y su sentencia sobre el derecho a la salud en particular, representan una forma

especialmente visible y ambiciosa de activismo judicial sobre los DESC, las acciones de la Corte pueden considerarse como parte de una tendencia más amplia evidente en otros países del Sur Global con respecto al cumplimiento judicial de esos derechos en contextos de privación y desigualdad extremas (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015; Bilchitz, 2013; Bonilla, 2013). En el Sur Global se ha desarrollado una variedad de constitucionalismo que amplía el concepto de derechos humanos y la función de los tribunales a la hora de protegerlos, de manera que se incluyan los DESC junto a los derechos civiles en las normas jurídicas exigibles ante los tribunales. Aunque al inicio planteó dudas entre académicos (Sunstein, 1996) y defensores de los derechos (Roth, 2004), ese “constitucionalismo meridional” o “constitucionalismo del Sur” se ha ido internacionalizando (Rodríguez Garavito, 2011a). Como lo muestran los capítulos de este libro, varios Estados, tribunales y organizaciones no gubernamentales (ONG), del Norte y del Sur, han promovido herramientas, doctrinas y estrategias jurídicas para hacer exigibles judicialmente los DESC. En un trasplante jurídico inverso, la idea de DESC exigibles ante los jueces ha sido aceptada por algunos de sus otrora críticos, y se ha incorporado a los debates en la teoría constitucional estadounidense y europea (Michelman, 2009; Sunstein, 2004; Dixon, 2007; Fredman, 2008). Uno de los ejemplos mejor conocidos de esta tendencia es la jurisprudencia del Tribunal Supremo de India, que se ha ocupado de problemas sociales estructurales como el hambre y el analfabetismo, y cuyas decisiones han ido acompañadas del nombramiento de comisionados que supervisan la implementación de las sentencias (Rodríguez Garavito, 2017; Chitalkar y Gauri en este libro; Muralidhar, 2008; Shankar y Mehta, 2008). Asimismo, la Corte Constitucional sudafricana se ha convertido en un foro institucional central para promover derechos como los de la vivienda y la salud, y para empujar al Estado a actuar frente al legado social y económico del *apartheid* (Langford y Kahanovitz, en este libro; Langford *et al.*, 2013; Liebenberg, 2010).

En las dos últimas décadas, el activismo judicial en torno a los DESC se ha hecho cada vez más sobresaliente en América Latina. En países tan diferentes como Brasil y Costa Rica, los tribunales han modificado de manera decisiva la prestación de servicios sociales fundamentales como los servicios de salud (Ferraz, 2011; Wilson, 2005). En Argentina, algunos tribunales han asumido casos estructurales y experimentado con mecanismos públicos para supervisar la implementación de las sentencias activistas como en Verbitsky (sobre sobrepoblación carcelaria) y Riachuelo (sobre degradación medioambiental) (CELS, 2008; Fairstein, Kletzel y García, 2010; Sigal, Morales y Rossi, en

este libro). En Colombia, una Corte Constitucional especialmente activista e innovadora ha extendido los límites de la tradición del derecho civil continental al acumular, por iniciativa propia, miles de demandas constitucionales individuales (tutelas) sobre violaciones de DESC, y ha dictado sentencias colectivas que contienen requerimientos estructurales de largo plazo que las autoridades deben atender. Al declarar esas situaciones como un “estado de cosas inconstitucional”, la Corte colombiana ha iniciado procesos participativos, que duran varios años, para supervisar sus sentencias sobre los derechos de los prisioneros en instalaciones carcelarias sobrepobladas, sobre pacientes que solicitan tratamientos y medicamentos en un sistema de salud disfuncional (Lamprea, 2015; Rodríguez Garavito, 2013; Yamin, Parra y Gianella, 2011) y sobre los millones de personas internamente desplazadas (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015).

Los trabajos sobre la exigibilidad judicial de los DESC se han multiplicado al ritmo de la proliferación de sentencias activistas. Dos perspectivas de análisis han prevalecido en esas obras académicas. En primer lugar, algunas de las principales contribuciones se han concentrado en defender desde el punto de vista teórico la exigibilidad judicial de los DESC, derivada de las exigencias de la teoría democrática y de la realidad de contextos sociales marcados por profundas desigualdades económicas y políticas (Arango, 2005; Bilchitz, 2007; Gargarella, 2011). En segundo lugar, varias obras han intervenido en el debate desde la perspectiva de la doctrina de los derechos humanos, con el fin de hacer más más precisos los estándares judiciales para defender los DESC y promover su utilización por órganos judiciales y de supervisión en el ámbito nacional e internacional (Abramovich y Courtis, 2002; Coomans, 2006; International Commission of Jurists, 2008; Langford, 2009).

Estas perspectivas han avanzado considerablemente en la aclaración conceptual y el ímpetu práctico de la exigibilidad judicial de los DESC. No obstante, su énfasis en la etapa de producción de las sentencias ha creado un punto ciego analítico y práctico: la etapa de implementación de las sentencias. Por esa razón, hay pocos estudios sistemáticos acerca de la suerte de decisiones sobre DESC, como la ya mencionada sentencia de la Corte Constitucional colombiana acerca del sistema de servicios de salud. Más allá de la sala de audiencias, ¿qué pasa con las órdenes contenidas en esas sentencias? ¿Hasta qué punto los funcionarios adoptan la conducta exigida por los tribunales para proteger un derecho específico? ¿Qué efectos tienen esas decisiones judiciales en el Estado, la sociedad civil, los movimientos sociales y la opinión pública? En última instancia, ¿contribuyen a la realización de los DESC?

Un área pujante del trabajo académico busca ocuparse de esas preguntas. Algunas contribuciones a esa literatura han ofrecido valoraciones comparativas nacionales y cuantitativas de los efectos de sentencias sobre DESC (Gauri y Brinks, 2008; Gauri, 2010). Otras se han concentrado en sentencias sobre un derecho específico, en especial sobre el derecho a la salud, con el fin de ofrecer comparaciones detalladas de los efectos entre jurisdicciones (Yamin y Gloppen, 2011). Otros, en cambio, han estudiado la práctica de los tribunales nacionales e internacionales (Rodríguez-Garavito y Kauffman, 2014) o hicieron estudios de caso detallados para llegar a conclusiones analíticas sobre la implementación y la eficacia de las sentencias sobre DESC (véanse los capítulos en este libro, y también Dugard y Langford, 2011; Langford, 2003; Rodríguez Garavito, 2011a; Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015; Uprimny y García, 2004).

Cumplimiento e impacto

Algunas contribuciones, sin embargo, tienden a mezclar dos cuestiones analíticamente diferentes: a) si las autoridades públicas u otros sujetos destinatarios de una sentencia determinada sobre DESC cumplen o no, en la práctica, con las órdenes del tribunal, y b) si la sentencia contribuye o no al cumplimiento del derecho correspondiente. En otras palabras, a menudo juntan cuestiones sobre el cumplimiento de una sentencia con las relativas a sus efectos más generales.

TABLA I

Combinaciones del cumplimiento y los efectos de las sentencias sobre DESC

		¿Impacto positivo?	
		No	Sí
Cumplimiento	No	I. Sentencias de papel	II. “Ganar perdiendo”
	Sí	III. Litigio de suma cero	IV. Litigio de suma positiva

El hecho de que esas cuestiones sean separables desde el punto de vista analítico se hace evidente si examinamos las cuatro posibles combinaciones de respuestas que muestra la tabla 1. De izquierda a derecha, la combinación I implica que una sentencia no se implementa y no tiene ningún otro efecto. Estos casos son victorias de papel para los

litigantes, quienes enfrentan obstáculos de implementación (generalmente falta de voluntad o de capacidad del Gobierno para proporcionar el bien o servicio ordenado por el tribunal) que hacen ineficaces las decisiones judiciales. Justamente por ese destino, estos casos tienden a ser invisibles y son derrotas silenciosas en la práctica, tanto para los demandantes como para los tribunales.

Como expondré más adelante, la falta de cumplimiento no significa necesariamente que una sentencia concreta sea estéril, ya que podría tener efectos indirectos, como la formación de una coalición de ONG y movimientos sociales que, tras agruparse en torno al caso, promoverían el derecho correspondiente mediante nuevas estrategias políticas y jurídicas. Esa es la segunda combinación (“ganar perdiendo”) que aparece en la tabla. La bien conocida decisión en el caso Joseph, de la Corte Constitucional sudafricana, es un buen ejemplo. La decisión de la Corte a favor de los residentes de bajos ingresos de Johannesburgo, cuyo servicio de electricidad había sido desconectado arbitrariamente, nunca se implementó, porque unos vándalos habían robado el cableado eléctrico de todo el edificio mientras el caso hacía tránsito por el sistema judicial y se decidía en el tribunal. Sin embargo, Dugard y Langford (2011, p. 46) mostraron que la decisión incumplida tuvo de hecho efectos importantes, puesto que nuevos procesos judiciales consiguieron la reconexión de electricidad para los residentes de bajos ingresos de Johannesburgo recurriendo a Joseph como precedente, al ser “el caso [que] definió la electricidad como una cuestión de derechos e hizo evidentes los problemas sistémicos de los servicios públicos municipales en materia de facturación y servicios”.

La tercera posibilidad implica el panorama opuesto, es decir, uno en el que la implementación de una sentencia sobre DESC tiene efectos adicionales que acaban por diluir el cumplimiento del derecho en cuestión. Los casos individuales en los que los pacientes solicitan tratamientos o medicamentos específicos, que de hecho son el tipo de demanda judicial más común en Latinoamérica y otras regiones (Rodríguez Garavito, 2013; Yamin y Gloppen, 2011), ofrecen la ilustración más clara de esta combinación de suma cero. Teniendo en cuenta los presupuestos finitos de salud, el cumplimiento de sentencias que implican asignaciones presupuestales caso por caso para tratamientos y medicamentos puede reducir, de hecho, el goce del derecho a la salud de los sectores marginados de la población cuando los demandantes pertenecen desproporcionadamente a la clase media o alta (Mœestad, Rakner y Ferraz, 2011). Así parece ocurrir en países como Brasil, en donde las decisiones judiciales sobre el derecho a la salud han beneficiado sobre todo a ciudadanos de clase media y probablemente han

desviado fondos públicos de la prestación de servicios de salud para los pobres (Ferraz, 2011).

Por último, la combinación es un juego de suma positiva cuando el cumplimiento efectivo de las órdenes de los tribunales tiene también impactos más amplios y favorables para el cumplimiento de los derechos socioeconómicos. Como veremos, así ocurre con otra decisión de la Corte Constitucional de Colombia que ofrece el grueso de la evidencia empírica usada en este capítulo, a saber, la sentencia que ordenaba al Gobierno diseñar y desarrollar políticas públicas que protegieran el núcleo básico de los DESC fundamentales de casi cinco millones de personas internamente desplazadas (PID) en el país.

Organización y argumentos del capítulo

En las páginas que siguen pretendo elaborar la relación entre cumplimiento e impacto y, más en general, contribuir a abrir la caja negra de la etapa posterior a la sentencia en las demandas judiciales sobre DESC. Con este fin, comienzo por describir el marco analítico con el que evaluaré el cumplimiento y los efectos más generales de esas decisiones. Después, en la segunda sección del capítulo, ofrezco una tipología de los efectos y analizo las consecuencias metodológicas para los estudios sociojurídicos sobre impacto de las sentencias. Con esa base analítica, en la tercera sección me concentro en la cuestión más general del impacto y trato de responder las siguientes preguntas: ¿qué explica los diferentes grados de impacto de las decisiones sobre DESC? ¿Por qué algunas decisiones tienen efectos profundos y multifacéticos, mientras que otras quedan solo en el papel? Puesto que el destino de las decisiones judiciales depende de las respuestas que ofrezca una amplia variedad de sujetos —por ejemplo, “activistas” y “demandantes judiciales”—, de las estrategias tras la sentencia, de las reacciones gubernamentales frente a las órdenes del tribunal y de la intervención de los jueces en la etapa de cumplimiento, esa causalidad múltiple hace inmanejable la respuesta a esas preguntas a menos que el análisis se limite a un conjunto específico de factores. Por tanto, me concentraré en aquellos que están en el ámbito del tribunal. Si el resto de los factores no varía, la pregunta que me preocupa es: ¿qué clase de decisiones judiciales tienen mayor probabilidad de tener efectos positivos generales en el cumplimiento de los DESC? ¿Qué clase de intervenciones judiciales fomentarían relaciones de suma positiva entre el cumplimiento y los efectos generales? Expresado en términos prescriptivos, ¿qué es lo que pueden hacer los tribunales para mejorar los efectos positivos de sus sentencias sobre los DESC?

Para fundamentar empíricamente mi análisis, me apoyo en pruebas provenientes de un estudio comparativo amplio sobre las sentencias de la Corte Constitucional colombiana en casos estructurales (Rodríguez-Garavito, 2011b). El estudio de caso central en torno a la decisión T-025 de 2004 sobre PID (caso PID),¹ es resultado de un proyecto en colaboración con Diana Rodríguez Franco, en el que se estudió en detalle el cumplimiento y los efectos generales de esa sentencia (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015). Como veremos, el caso surgió de la decisión de la Corte de acumular en un solo proceso 1150 acciones de tutela iniciadas por familias forzosamente desplazadas, y de declarar un “estado de cosas inconstitucional”, es decir, una violación masiva de derechos humanos asociada a fallas sistémicas de la acción estatal. Como mostraban las quejas que habían llegado a la Corte desde todas las esquinas del país, no había una política estatal seria y coordinada para ofrecer asistencia de emergencia a las PID, ni tampoco información fiable sobre cuántas había y las situaciones que enfrentaban. Además, la asignación presupuestal dedicada al problema era con claridad insuficiente. Para erradicar las causas de base tras ese “estado de cosas”, la Corte ordenó una serie de medidas institucionales que, como veremos, dieron lugar a un proceso de implementación y seguimiento que continúa hoy.

Comparo las consecuencias relativamente grandes del caso PID con los efectos más modestos de otras dos sentencias estructurales. Por un lado, con la sentencia T-153 de 1998 (caso “Sobrepoblación carcelaria”), en la que la Corte Constitucional colombiana (CCC) declaró que la penosa situación de los detenidos en cárceles sobrepobladas equivalía también a un estado de cosas inconstitucional. Aunque la Corte dictó varias órdenes de corto plazo para ocuparse de los defectos administrativos y presupuestales tras la sobrepoblación carcelaria, no estableció ningún mecanismo de supervisión significativo. Esta omisión explica los efectos reducidos de la decisión y el hecho de que, debido al empeoramiento de las condiciones de encarcelamiento, la Corte decidió reabrir el caso en 2015. Por otro lado, investigo la decisión ya mencionada del derecho a la salud (T-760 de 2008; caso “Crisis del sistema de salud”). Aunque la Corte no usó desde el punto de vista formal la doctrina del estado de cosas inconstitucional, sí dictó una serie de requerimientos judiciales estructurales e inició un proceso de seguimiento ambicioso, no muy distinto al de PID, con el fin de empujar al Gobierno a ocuparse de los cuellos de botella administrativos y legislativos que desgastan el sistema de salud y llenan los tribunales

1 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-025/04.

de miles de peticiones de pacientes para conseguir medicamentos y tratamientos básicos. Como veremos, la supervisión ha perdido fuerza y la decisión ha tenido un nivel moderado de impacto, por lo que queda en una posición intermedia entre la de PID y la de “Sobrepoblación carcelaria”.

En línea con la estructura del capítulo, mi argumento tiene dos frentes. En primer lugar, sostengo que, con el fin de captar la variedad completa de decisiones judiciales, los estudios sobre impacto necesitan ampliar su campo de visión teórico y metodológico convencional. Además de los efectos materiales directos de las órdenes judiciales (es decir, los que siguen inmediatamente a la ejecución de estas), hay que prestar atención a su repercusión más general, que incluye efectos indirectos y simbólicos igualmente importantes. A partir de la evidencia del estudio de caso planteo que el rango potencial de efectos relevantes incluiría (además de la acción estatal ordenada específicamente por el tribunal), la reclasificación de problemas socioeconómicos como problemas de derechos humanos, el fortalecimiento de las capacidades institucionales del Estado para ocuparse de esos problemas, la formación de coaliciones activistas para participar en el proceso de implementación, y la promoción de la deliberación pública y la investigación colectiva para hallar soluciones a los complejos problemas distributivos que subyacen en los casos estructurales sobre DESC.

En segundo lugar, con respecto a los factores controlados por los tribunales que pueden mejorar los efectos generales de una sentencia determinada y fomentar una relación de suma positiva entre la ejecución de la decisión y sus efectos, distingo la dimensión de la decisión, la clase de órdenes, y la existencia y naturaleza de la supervisión. Argumento que es más probable que una decisión tenga un mayor impacto si los tribunales practican el “activismo dialógico” (Dixon, 2007; Gargarella, 2011; Rodríguez-Garavito, 2011b) debido a tres mecanismos institucionales. En primer lugar, las sentencias dialógicas favorecen un enfoque estructural con respecto a las condiciones subyacentes a las violaciones de DESC; en lugar de concentrarse solo en solucionar miles de quejas individuales, los tribunales dialógicos deciden un caso determinado teniendo presente la existencia de casos parecidos y los efectos más amplios de sus sentencias en los DESC sobre aquellos que no son parte del proceso. Eso implica una preferencia por las decisiones que tienen efectos colectivos, en las que las razones y los argumentos son considerados a la luz de las necesidades de una colectividad formada por personas en situación parecida (por ejemplo, todas las personas que requieren servicios de salud),

en lugar de pensarlos solo a la luz de la reclamación del demandante individual (por ejemplo, la solicitud de un medicamento o un tratamiento específico, de alto costo, para un único demandante). En los países de tradición jurídica anglosajona eso se ve facilitado por el sistema de precedentes vinculantes y el uso de las acciones populares. En los países de tradición civilista continental, en los que tienen lugar la mayoría de los procesos judiciales sobre DESC, plasmar las demandas individuales en sentencias estructurales requiere innovaciones constitucionales, como la acumulación de los casos individuales efectuada por la CCC en las decisiones que declaran un estado de cosas institucional, o el reconocimiento de la Corte Suprema argentina en Riachuelo de que todos los habitantes de la ribera de un río contaminado eran demandantes colectivos en el caso.

Aunque las sentencias estructurales reducen el riesgo de efectos sociales negativos derivados de los procesos judiciales sobre DESC, son también más difíciles de ejecutar que las decisiones individuales. Ahí reside la tensión entre el cumplimiento y el impacto: las sentencias individuales son más fáciles de hacer cumplir, pero pueden tener efectos contraproducentes para el goce de los DESC; las sentencias colectivas pueden evitar esos efectos, pero son más difíciles de hacer cumplir y es más probable que encuentren resistencia política por parte de los Estados.

Los tribunales dialógicos abordan esa ponderación entre objetivos a través de otras dos características institucionales que subrayo en mi análisis. Para esa clase de órdenes, los tribunales dialógicos tienden a establecer objetivos amplios y un camino claro para la implementación (por ejemplo, mediante plazos de cumplimiento e informes sobre los avances), al mismo tiempo que dejan las decisiones sustantivas y los resultados detallados a los organismos estatales. Las órdenes de esa naturaleza no solo son compatibles con el principio de separación de poderes, sino que también fomentan la eficacia general de una decisión determinada. Asimismo, un enfoque dialógico en los casos de DESC estimula mecanismos de seguimiento participativos (por ejemplo, audiencias públicas, comisiones de seguimiento nombradas por los tribunales e invitaciones a la sociedad civil y a los organismos administrativos para que suministren la información relevante y participen en las discusiones patrocinadas por el tribunal), que profundizan la deliberación democrática y mejoran el impacto de las intervenciones del tribunal.

El punto ciego en el debate sobre la exigibilidad judicial de los derechos económicos y sociales: los efectos de las sentencias

Los efectos de las decisiones sobre DESC: un marco analítico

Existe una literatura académica interdisciplinaria, cuya autoridad se reconoce en general, sobre la relación entre los tribunales y la transformación social. Esas obras ofrecen un marco conceptual y metodológico útil para valorar los efectos de las diferentes olas de procesos judiciales y del activismo judicial sobre los DESC. En esos textos se han estudiado los efectos de decisiones judiciales destacadas sobre una variedad de temas, como la igualdad de género en el mercado laboral (McCann, 1994), la discriminación racial (Rosenberg, 1991; Klarman, 2007) y la sobrepoblación carcelaria (Feeley y Rubin, 1998). Desde diferentes puntos de vista, estos estudios han efectuado contribuciones teóricas y han evaluado empíricamente los resultados de la “revolución de los derechos” (Epp, 1998) y la “juristocracia” correspondiente (Hirsch, 2007), representada por la intervención creciente de los jueces en problemas políticos y sociales fundamentales.

Los estudios de impacto de las decisiones judiciales se dividen en dos grupos, según cuál sea la clase de efectos en los que se concentran. Algunos autores enfocan su atención en los efectos directos y visibles de las decisiones. Desde una perspectiva neorrealista, que considera al derecho como un conjunto de normas que configura la conducta humana, esa corriente aplica un estricto test de causalidad para evaluar los efectos de las intervenciones judiciales: una sentencia es efectiva cuando produce un cambio observable en la conducta de aquellos a quienes se dirige directamente. Por ejemplo, el problema para determinar los efectos de la sentencia PID se resolvería mediante el análisis de las consecuencias de la conducta de las autoridades públicas encargadas de la política pública sobre desplazamiento forzado y, en última instancia, mediante la evaluación de sus impactos en la situación de las PID.

La obra pionera de este enfoque fue el estudio realizado por Rosenberg (1991) sobre los efectos que tuvo la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Brown vs. Board of Education*. Frente a la opinión convencional sobre *Brown*, que consideraba que esa decisión revolucionó el movimiento de derechos civiles en la década de los sesenta, el estudio empírico de Rosenberg concluyó que la sentencia tuvo pocos efectos y que la fe en los tribunales como mecanismo de cambio social era una “esperanza vacía”. En opinión de Rosenberg, fueron la

movilización política de la década de los sesenta y la legislación contra la discriminación que esta originó lo que consiguió la desegregación racial, y no la decisión judicial estructural.

Por otro lado, hay autores que se inspiran en la concepción constructivista de las relaciones entre derecho y sociedad (Bourdieu, 2000), lo que los lleva a criticar a Rosenberg y a los neorrealistas, por concentrarse solo en los efectos directos y materiales de las decisiones judiciales. Según estos críticos, la ley y la jurisprudencia producen transformaciones sociales no solo cuando provocan cambios en la conducta de los grupos y los individuos afectados directamente por el caso, sino también cuando producen transformaciones indirectas en las relaciones sociales, o cuando modifican las percepciones de los actores sociales y legitiman la visión del mundo que tienen los afectados por el proceso judicial. Por ejemplo, es posible que los efectos simbólicos e indirectos de la sentencia PID hayan sido igual de importantes que los efectos materiales que tuvo: podría haber contribuido a cambiar la percepción pública sobre la urgencia y la gravedad del desplazamiento forzado en Colombia, o podría legitimar las reclamaciones y reforzar el poder de las ONG de derechos humanos y de los organismos internacionales de derechos humanos que han estado presionando al Gobierno colombiano para que haga más en favor de las PID.

El trabajo más notable que emplea este enfoque constructivista es el estudio de McCann (1994) sobre los efectos de las estrategias jurídicas usadas por el movimiento feminista en su lucha por la igualdad salarial en Estados Unidos. Los hallazgos de McCann indicarían que los efectos indirectos de los procesos judiciales y el activismo judicial pueden ser más importantes que los directos en los que se concentran los neorrealistas. Por consiguiente, “aunque muchas veces las victorias judiciales no se traducen automáticamente en el cambio social deseado, pueden ayudar a redefinir los términos de las luchas inmediatas y de largo plazo que se dan entre grupos sociales” (p. 285).

Estas diferencias conceptuales van acompañadas de desacuerdos metodológicos. El positivismo epistemológico de los neorrealistas implica prestarle una atención casi exclusiva a las técnicas de investigación cuantitativas, que permiten evaluar los efectos materiales directos. Eso se hace evidente en los estudios de impacto inspirados por el análisis económico del derecho, cuyas conclusiones tienden a compartir el escepticismo de Rosenberg, como lo ilustra la literatura económica contra el activismo de la CCC.²

2 Véase Clavijo (2001) y Kalmanovitz (2001). Para un análisis del enfrentamiento entre economistas y constitucionalistas sobre el activismo judicial en Colombia, véase Rodríguez Garavito (2011a).

En contraste, el enfoque constructivista amplía la variedad de estrategias de investigación para incluir técnicas cualitativas que permitan apreciar los efectos simbólicos e indirectos de una determinada decisión. Entre esas técnicas estarían las entrevistas en profundidad a funcionarios, activistas y miembros de la población beneficiaria para examinar la consecuencia de la sentencia en la percepción de su situación y las estrategias para solucionarla. A esas técnicas se les concede la misma importancia que a técnicas cuantitativas como el análisis de los indicadores sociales para la población beneficiada, o la medición de la cobertura en prensa antes y después de la decisión.

Para aclarar y destacar la diferencia entre estas dos perspectivas, elaboro a continuación una tipología de los efectos que se estudian con cada una de ellas (tabla 2).

TABLA 2
Tipos y ejemplos de los efectos de las decisiones judiciales

	Directo	Indirecto
Material	Diseño de políticas públicas, como se ordena en la sentencia.	Formación de coaliciones activistas para influenciar la cuestión afectada.
Simbólico	Definir y percibir el problema como una violación de derechos.	Transformar la opinión pública sobre la urgencia y la gravedad del problema.

FUENTE: Rodríguez Garavito (2011a).

Como se muestra en el eje horizontal de la tabla, las decisiones pueden tener efectos directos e indirectos. Los efectos directos incluirían las acciones ordenadas por el tribunal que afectan a los participantes del caso, ya sean estos litigantes, beneficiarios u organismos estatales destinatarios de las órdenes del tribunal. En los casos estudiados, los efectos directos de las sentencias estructurales de la CCC incluían la decisión del Gobierno de declarar el estado de emergencia económica a finales de 2009, lo que le permitió aprobar una serie de decretos aparentemente destinados a solucionar la crisis del sistema de salud y cumplir con algunas de las órdenes de la Corte dictadas en la sentencia “Crisis del sistema de salud”.³ En el mismo sentido, para cumplir con

3 Es interesante mencionar que el decreto del Gobierno que declaró la emergencia (y los decretos correspondientes que reformaron los principales componentes del sistema de salud pública) fueron declarados inconstitucionales por la CCC, basándose en que la administración no podía recurrir a la legis-

la orden principal de la sentencia “Sobrepoblación carcelaria”, el Departamento Nacional de Planeación (DNP), un órgano del Gobierno, aprobó un documento donde se establecía la estrategia política para solucionar dicha sobrepoblación.⁴

Los efectos indirectos incluyen todas las clases de consecuencias que, sin estar estipuladas en las órdenes del tribunal, se derivan de la sentencia. Afectan no solo a las partes del caso, sino también a otros sujetos sociales. Por ejemplo, las medidas provisionales estructurales a menudo impulsan a organismos administrativos y ONG simpatizantes a aprovechar la oportunidad que crea la sentencia para involucrarse en el proceso de seguimiento más allá de lo contemplado inicialmente por la Corte. Por ejemplo, tras la aprobación de la decisión “Sobrepoblación carcelaria”, la Defensoría del Pueblo colombiana fue proactiva a la hora de presionar al Gobierno para que emprendiera una reforma de las prisiones,⁵ y se han formado varias coaliciones de ONG para defender la necesidad de una reforma de los servicios de salud pública siguiendo el ejemplo de la decisión “Crisis del sistema de salud”.

Además, como muestra el eje vertical de la tabla, las decisiones judiciales pueden producir efectos materiales o simbólicos. La primera categoría se refiere a los cambios tangibles en la conducta de los grupos o individuos. Los efectos simbólicos son los cambios en las ideas, las percepciones y las concepciones sociales colectivas relativas a la materia objeto de litigio. En términos de teoría social, implican modificaciones culturales o ideológicas con respecto al problema planteado por el caso (Swidler, 1986).

Por ejemplo, cuando las intervenciones judiciales reciben amplia cobertura por los medios de comunicación, pueden modificar la manera en que estos y el público comprenden el problema correspondiente. Así ocurrió con la sentencia “Crisis del sistema de salud”, que llevó a reformular el problema de la salud pública en Colombia. El análisis de contenido de las noticias y los artículos de opinión publicados por dos de los principales medios de prensa escrita indica que, antes de la decisión del CCC, el contexto más probable en el que se hablaba del tema era el de “crisis institucional”, que era dominante en el 60 % de los

lación de estados de emergencia para solucionar problemas de política pública producto de su propia negligencia, como era la inacción frente a las órdenes estructurales de la sentencia en el caso Crisis del sistema de salud. Véase Corte Constitucional, sentencia C252 de 2010.

4 Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), documento Conpes 3086 de 2000.

5 Véase Defensoría del Pueblo, respuesta al oficio de la CCC, OPT B 397, 2007 (expediente T-1. 644.081).

escritos publicados entre 2004 y mediados de 2008. Claramente puede verse actuar el proceso de reformulación en la cobertura de prensa que siguió a la decisión: entre mediados de 2008 y finales de 2014, la prensa situó la gran mayoría (76 %) de los artículos en el marco del “derecho a la salud”.⁶

Como muestra la tabla, los cruces entre ambas categorías dan lugar a cuatro tipos de efectos: efectos materiales directos (por ejemplo, formulación de una política pública ordenada por el tribunal); efectos materiales indirectos (por ejemplo, participación de nuevos actores en el debate); efectos simbólicos directos (por ejemplo, nuevo marco para las noticias en los medios de comunicación) y efectos simbólicos indirectos (por ejemplo, la transformación de la opinión pública sobre el problema).

Teniendo en cuenta esta tipología, propongo volver a examinar la diferencia entre los enfoques neorrealistas y constructivistas. Mientras que los neorrealistas se concentran en los efectos materiales directos, como el cumplimiento de la sentencia, los constructivistas consideran las cuatro clases de efectos. Eso explica por qué una sentencia puede ser considerada ineficaz por los neorrealistas y eficaz por los constructivistas, en la medida en que, para el segundo grupo, lo que se estima como impacto incluye un conjunto mayor de efectos.

En este sentido, un análisis neorrealista concluiría que prácticamente todos los casos históricos en la jurisprudencia de DESC han tenido pocas consecuencias. Considérese, por ejemplo, la conocida sentencia Grootboom de la Corte Constitucional sudafricana sobre el derecho a la vivienda.⁷ El hecho desafortunado de que la demandante, Irene Grootboom, muriera en una infravivienda mientras esperaba todavía una casa digna, ocho años después de haber obtenido una sentencia favorable, sugeriría que esa sentencia fue inútil, puesto que los efectos materiales directos nunca se produjeron (Joubert, 2008). Sin embargo, esta conclusión no tiene en cuenta los otros resultados del caso. Por ejemplo, no considera los diversos efectos materiales y simbólicos indirectos producidos por la mencionada sentencia como resultado de un flujo continuo de demandas judiciales similares, interpuestas por comunidades de diferentes partes de Sudáfrica, con las que se consiguió evitar desalojos forzosos y crear políticas de vivienda de emergencia (Langford *et al.*, 2013).

6 Los dos medios de comunicación con los que se hizo el estudio fueron el periódico *El Tiempo* y la revista semanal *Semana*.

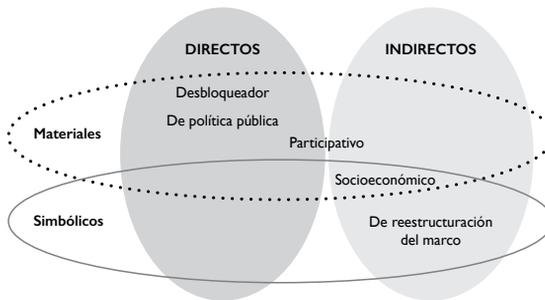
7 Gobierno de la República de Sudáfrica *vs.* Grootboom 2000 (1) SA 46 (CC), p. 86 (S. Afr.) (que determinó que se habían violado los derechos a la vivienda de personas que residían en asentamientos informales de Ciudad del Cabo).

Mi estudio del impacto de las sentencias estructurales de la CCC encuentra evidencia a favor del enfoque constructivista. De hecho, mis estudios de caso sugieren que los efectos indirectos y simbólicos pueden tener consecuencias jurídicas y sociales tan profundas como los efectos directos, materiales de la decisión. Estas diferentes clases de impacto de las sentencias judiciales se han hecho evidentes en los ocho años que ha durado el proceso de seguimiento de la sentencia PID, como paso a explicar a continuación.

Los efectos de las sentencias sobre DESC: el caso de la sentencia PID

En la sentencia PID, la CCC dictó tres órdenes principales. La primera era que el Gobierno debía formular un plan coherente de acción para abordar la emergencia humanitaria de las personas internamente desplazadas y superar el estado de cosas inconstitucional. En segundo lugar, le ordenaba a la administración calcular el presupuesto que fuera necesario para poner en práctica un plan de acción como ese y explorar todas las vías posibles para invertir en la práctica la cantidad calculada para los programas dirigidos a las PID. En tercer lugar, le ordenaba al Gobierno garantizar al menos la protección del núcleo esencial de la mayoría de los derechos fundamentales de las PID: alimentación, educación, salud, vivienda y tierra. Todas esas órdenes se dirigieron directamente a los organismos públicos relevantes, entre los que estaban las entidades administrativas nacionales y las autoridades locales.

FIGURA I
Efectos de la sentencia PID



FUENTE: Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015, p. 21).

Tras siete años, ¿qué efectos han tenido estas órdenes y las posteriores? Las entrevistas con participantes clave, el análisis de contenido de la cobertura en prensa, la observación participativa en reuniones y

audiencias promovidas por la Corte, y los datos extraídos de la muy numerosa documentación que dejó este caso permiten defender la existencia de seis efectos principales, como se muestra en la figura 1, los cuales se explican a continuación.

Efecto de desbloqueo

El efecto inmediato de la sentencia PID fue sacudir las burocracias estatales a cargo de atender a la población desplazada. La CCC, al ordenar al Gobierno que redactara una política coherente para proteger los derechos de las PID y estableciera plazos para evaluar el progreso, usó los DESC como “derechos desestabilizadores” (Unger, 1987), es decir, como puntos de apoyo para romper la inercia institucional e impulsar la acción gubernamental. Así, según la tipología explicada, ese efecto fue una consecuencia material directa de la sentencia.

Varios de los entrevistados subrayaron ese efecto. Por ejemplo, el abogado a cargo de las cuestiones relativas a las PID en la Defensoría del Pueblo explicó que los plazos inminentes para informarle a la Corte de los avances sirvieron como un empujón efectivo para las agencias gubernamentales relevantes. Recordó que “en reuniones preparatorias de las sesiones de seguimiento al cumplimiento de la sentencia, uno escucha funcionarios del orden nacional como del orden territorial que dicen que se tienen que apurar porque tienen sesión con la Corte, o porque se va a vencer el plazo que la Corte expidió”.⁸ Como se verá, la Corte mantuvo la presión mediante órdenes y reuniones de seguimiento, que empujaron aún más al Gobierno a tomar acción. Por consiguiente, como lo expresó el editorial de un periódico publicado en el 2007, la sentencia “fue clave para dinamizar la actitud estatal”. Los autos periódicos del alto tribunal, que llegó a pedir a un juez abrir proceso por desacato contra funcionarios del Gobierno —y críticos informes de la Procuraduría, la Contraloría y la Defensoría sobre las falencias en la atención—, han mantenido la presión para que el Estado cumpla sus obligaciones (El Tiempo, 2008).⁹

Los fallos estructurales de la política pública relacionada con la emergencia humanitaria de las PID eran producto no solo de la inacción de las instituciones relevantes, sino también de la falta de coordinación entre ellas. Al ordenárseles a estas instituciones que colaboraran en el diseño, la financiación y la ejecución de una política pública unificada para las PID, la CCC promovió esa clase de coordinación, tanto entre

8 Entrevista con Hernando Toro, coordinador de la Oficina de Atención a los Desplazados de la Defensoría del Pueblo, Bogotá, 22 de enero de 2009.

9 *El Tiempo*, “El año de los desplazados”, abril 8, 2007.

los organismos administrativos destinatarios directos de la decisión como entre las agencias relacionadas indirectamente con el caso. Por consiguiente, como se indicó en la tabla 3, es un efecto material que tiene manifestaciones directas e indirectas.

En palabras de una funcionaria del Ministerio de Educación: “La sentencia le permitió al Gobierno empezar a decir, qué le toca a todos, qué le toca a unos y qué es lo que vamos a empezar a responder de manera más puntual”.¹⁰ Aunque está lejos de ser perfecto, el resultado de esa necesidad de colaboración fue el establecimiento de un comité de coordinación interadministrativo, que se reúne regularmente y le envía sus informes a la Corte.

Efecto de política pública

La sentencia PID ha tenido efectos notables en el diseño de una política nacional a largo plazo para las PID, y también para establecer mecanismos a fin de ejecutarla, financiarla y supervisarla. De hecho, un año después de la sentencia, como respuesta directa a la primera orden de la Corte, el Gobierno aprobó un Plan Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada por la Violencia. Es interesante señalar que aunque esa novedad es, en apariencia, un efecto material directo, revela también las consecuencias simbólicas de la sentencia, puesto que el Gobierno adoptó explícitamente el lenguaje y el marco legal del enfoque de derechos en este y en documentos de política pública y normas administrativas posteriores. Es por ello que este efecto se sitúa en una posición intermedia en la tabla 3.

Además, la sentencia PID tuvo un efecto directo en la asignación de fondos efectuada por el Gobierno para programas dirigidos a las PID, debido a la segunda orden de la Corte. En la práctica, la sentencia hizo que la administración pública triplicara el presupuesto asignado a esos programas en el 2004 y ha tenido un efecto incremental continuo a lo largo del tiempo. El presupuesto nacional de 2010 para programas dirigidos a las PID, aunque todavía es insuficiente, fue diez veces mayor que el de 2003 (Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda, 2014).

Efecto participativo

El proceso de seguimiento de la sentencia PID ha abierto los procedimientos judiciales y la creación de políticas públicas a una amplia variedad de participantes gubernamentales y no gubernamentales. Ese

10 Entrevista con Yaneth Guevara Triana, Ministerio de Educación, Bogotá, 9 de enero de 2009.

efecto material crucial ha sido, en parte, una consecuencia directa de la sentencia y, en parte, una consecuencia indirecta e inesperada de ella. Desde el comienzo, las órdenes de la CCC involucraron no solo a los principales organismos administrativos responsables de la situación de las PID (el Ministerio del Interior y Acción Social, el organismo administrativo a cargo de los programas antipobreza), sino también a otros con responsabilidades relacionadas en las esferas internacional, nacional y local.

Es interesante señalar que un resultado indirecto de la sentencia fue la formación de organizaciones y coaliciones de la sociedad civil para participar en el proceso de seguimiento. ONG como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes), Dejusticia y Viva la Ciudadanía unieron sus esfuerzos con organizaciones de base y también con sectores de la Iglesia católica y el mundo académico para fundar una coalición cuyo propósito específico era contribuir a la ejecución de la sentencia PID: la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. En un interesante búmeran, el proceso volvió a la Comisión cuando la CCC la reconoció como parte en los actos de seguimiento y se apoyó firmemente en los datos y las recomendaciones que presentó. Por consiguiente, aunque no fue creada oficialmente por la CCC, la Comisión ha tenido en la práctica una participación parecida a la de los comités de seguimiento establecidos por el Tribunal Supremo indio para supervisar el cumplimiento de su decisión. Por tanto, el efecto participativo está en la frontera entre los efectos directos e indirectos, puesto que algunos de sus aspectos son resultado de órdenes explícitas mientras que otros surgen inesperadamente (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015, p. 24).

Como se explica luego, la CCC ha estimulado la participación de los organismos administrativos y las organizaciones de la sociedad civil, y el diálogo entre ellos, mediante audiencias y solicitudes periódicas de información, con lo que ha promovido el tipo de activismo judicial dialógico que a mi juicio puede mejorar el efecto de las sentencias sobre DESC.

Efecto socioeconómico

Cada decisión judicial sobre DESC tiene sectores específicos de la población como beneficiarios, sean ciudadanos sin hogar que reclaman su derecho a una vivienda digna, como en Grootboom; pacientes maltratados que les piden a los tribunales que hagan cumplir su derecho a la salud, como en la sentencia “Crisis del sistema de salud”, o detenidos en cárceles sobrepobladas que acuden a los tribunales para exigir condiciones dignas de encarcelamiento. Una pregunta esencial es

¿qué efectos tiene una determinada sentencia en las condiciones de un sector social específico? En el caso que nos ocupa, ¿la sentencia PID ha contribuido a mejorar la situación socioeconómica de las personas internamente desplazadas en Colombia?

No hay una respuesta definitiva a esa pregunta. Específicamente, uno de los rasgos definitorios de las fallas sistémicas de la política pública es la falta de datos fiables sobre las condiciones de la población afectada. De hecho, esa fue una de las razones por las que la CCC declaró un estado de cosas inconstitucional en la PID. Por tanto, se carece de una línea de base para hacer comparaciones en relación con la situación socioeconómica de las PID después de la decisión.

Sin embargo, puesto que la organización civil que se ha mencionado —la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado— recoge datos fiables a partir de encuestas, al menos es posible tener una idea de la evolución de las condiciones de las PID después de las sentencias. Las últimas cifras muestran que la situación ha cambiado poco: aunque el acceso a la educación y los servicios de salud ha mejorado enormemente, y el 80 % de las PID se benefician de eso, las condiciones relativas al resto de DESC continúan siendo insatisfactorias. Como ejemplo, basta ver que el 98 % de las PID vive en la pobreza, solo el 5 % tiene una vivienda adecuada y únicamente el 0,2 % de las familias desplazadas ha recibido la ayuda humanitaria de emergencia, ordenada por ley, en los meses inmediatamente posteriores a su desplazamiento forzado (Comisión de Seguimiento, 2008). Además, el desplazamiento forzado continúa creciendo de manera exorbitante: 156.000 personas fueron desplazadas en el año 2013 (El Tiempo, 2014), las que se suman a los 5 millones de desplazados colombianos, la segunda mayor cantidad de población desplazada forzosamente en el mundo después de Sudán (UNCHR, 2013, p. 24). Como se indica en la ubicación de este tipo de efecto en la tabla 3, las decisiones de la Corte pueden tener también efectos simbólicos en el sector social beneficiado, a medida que los miembros y las organizaciones acaban adoptando el lenguaje del derecho para encuadrar sus reclamaciones. Eso resultó evidente en las entrevistas y la observación participante con los líderes de la población internamente desplazada, cuyo discurso está adornado ahora con alusiones que remiten al lenguaje técnico de la Corte. Conceptos como tutela, auto o audiencia se entremezclan frecuentemente con los relatos personales de desplazamiento y carencias extremas.¹¹

11 Entrevista con líder de la Asociación de Afrocolombianos Desplazados de la Provincia del Chocó (Adacho), en Quibdó, Colombia, 24 de julio de 2008; entrevista con Eusebio Mosquera, cofundador de la Asociación Nacional de Afrocolombianos Desplazados (Afrodes), Ginebra, Suiza, 9 de agosto de 2009.

La reconfiguración simbólica se extiende más allá de los titulares de derechos amparados por la sentencia. En la sentencia PID, y mediante su proceso de seguimiento, la CCC ha ayudado a enmarcar el problema del desplazamiento forzado, que en otra época se consideró una secuela del conflicto armado, como un problema de derechos humanos que requiere una reacción inmediata. Eso es una consecuencia indirecta de la sentencia, en cuanto concierne a un grupo de sujetos mucho más amplio que las PID, entre los que están los medios de comunicación, los organismos internacionales de derechos humanos o la opinión pública en su conjunto.

El análisis de contenido de la cobertura de prensa del desplazamiento forzado ofrece una pista sobre la manifestación de este efecto. Mientras que en el periodo anterior a la sentencia (2000-2003), la cobertura de prensa del desplazamiento se realizó bajo el concepto de “conflicto armado”, en el periodo posterior (2004-2010), las categorías jurídicas han terminado por dominar en la cobertura de prensa sobre el tema. De hecho, se hace referencia al desplazamiento forzado sobre todo en escritos cuyo concepto dominante es “violaciones de derechos humanos” o “incumplimiento del derecho”.

En resumen, más allá del contenido específico de la sentencia PID, el análisis empírico de sus efectos ilustra una característica general: el activismo judicial en relación con los DESC puede tener efectos que van mucho más allá de las consecuencias directas, materiales, que se derivan de las órdenes de los tribunales. Y se hacen visibles con la ayuda de un conjunto más amplio de herramientas analíticas y metodológicas.

Como es obvio, eso no quiere decir que las sentencias estructurales sobre los DESC en general, y la de las PID en particular, produzcan todos y cada uno de los efectos, ni que cuando tienen efectos, estos sean sustanciales. De hecho, el resultado de la sentencia PID ha sido ambiguo. Mientras que algunos de sus efectos —como los de desbloqueo y de nuevo encuadre— han sido profundos, otros —como los sectoriales y de coordinación— han sido moderados.

Sin embargo, el alcance y la profundidad de los efectos de la sentencia PID siguen siendo sorprendentes si se comparan con otras decisiones estructurales de la CCC y de otros tribunales. ¿Qué es lo que explica esa diferencia? ¿Por qué decisiones como esta tienen mayores efectos que otras, como “Sobrepoblación carcelaria” o “Crisis del sistema de salud”? En la siguiente sección argumento que los mecanismos institucionales asociados con el activismo judicial dialógico proporcionan pistas útiles para responder a esas preguntas.

Impacto de las sentencias judiciales y activismo dialógico

Una defensa empírica del activismo dialógico

Un conjunto de obras académicas del constitucionalismo comparado, inspiradas por decisiones como la PID y la Grootboom, ha contribuido al contenido de decisiones judiciales que, además de proteger los DESC, promueven la deliberación democrática. Los proponentes de este tipo de activismo dialógico buscan una vía intermedia entre la restricción judicial y la juristocracia. Si bien defienden la exigibilidad judicial de los DESC, critican las decisiones que al imponer políticas y programas detallados invaden el ámbito de poder de las ramas ejecutiva y legislativa, y reducen las oportunidades de debate público sobre los problemas socioeconómicos subyacentes.¹²

Hasta ahora, la defensa del activismo dialógico se ha basado en la teoría democrática y el derecho constitucional. En respuesta a las objeciones clásicas contra el activismo judicial, que alegan que carecería en principio de legitimidad democrática y violaría el principio de separación de poderes, los académicos del derecho constitucional y los teóricos de la democracia deliberativa han demostrado razonablemente la naturaleza democrática de las intervenciones judiciales que promueven la colaboración entre las diferentes ramas del poder y la deliberación sobre cuestiones públicas (Abramovich, 2005; Nino, 1996; Gauri y Brinks, 2008; Uprimny, 2006). Además, los enfoques que tienen una concepción expansiva del papel de los tribunales han señalado las deficiencias de las políticas impuestas por los tribunales cuando estos toman atajos y prefieren eludir los mecanismos de la representación democrática y la deliberación (Gargarella, 2011; Rodríguez Garavito, 2011a; Sabel y Simon, 2004). En conjunto, estas y otras contribuciones permiten defender el activismo dialógico porque profundizarían la legitimidad de los regímenes democráticos comprometidos con estándares decentes de bienestar económico.

Es en este punto en el que me gustaría hacer una defensa distinta, aunque complementaria, del activismo dialógico, basada en el potencial que tiene para mejorar el impacto de los tribunales en el cumplimiento de los DESC. Este argumento se ocupa de otra objeción clásica contra el activismo, según la cual los tribunales carecen de la capacidad

12 Para un estudio de la literatura sobre activismo dialógico, véase Dixon (2007).

institucional requerida para ocuparse de problemas socioeconómicos complejos y hacer cumplir sus decisiones (véase Rosenberg, 1991).

Tras examinarlas de manera cuidadosa, es evidente que esa clase de críticas identifica el activismo judicial con un tipo específico de intervención judicial. Según Tushnet (2008), quien establece los criterios para distinguir las medidas judiciales “fuertes” de las “débiles” —es decir, la extensión de las órdenes y el grado en el que estas son obligatorias y perentorias—, la crítica supone que los tribunales activistas optan por medidas fuertes no solo para establecer una vía que permita solucionar los fallos de las políticas públicas, sino también para determinar detalles de las nuevas políticas. Lo que tienen en mente los críticos es la clase de activismo que marcó la jurisprudencia estadounidense desde la década de los cincuenta hasta los ochenta, caracterizada por decisiones que ordenaban una política particular y reformas institucionales. Como lo ejemplifican muchas intervenciones judiciales que pretendían reformar el sistema disfuncional de cárceles, los jueces no se limitaban a declarar la existencia de una violación estructural de los derechos de los prisioneros, sino que pretendían solucionar la violación mediante órdenes detalladas sobre asuntos tan específicos como el número de guardias que deberían contratarse y los detalles del diseño de las instalaciones carcelarias (Feeley y Rubin, 1998). Es la misma variedad de activismo que se vio en las sentencias de la CCC durante la década de los noventa. Por ejemplo, en la sentencia C-700 de 1999, la CCC no solo declaró inconstitucional el sistema nacional de financiación de vivienda, sino que también estableció parámetros detallados para una nueva legislación, la cual la Corte ordenó que fuera aprobada por el Congreso en sustitución del sistema existente.¹³

Además, los críticos tienden a dar por supuesto el tipo de implementación que predomina en estas sentencias. Para ellos sería un proceso cerrado y jerárquico, que tiende a presentarse como la imposición de políticas públicas específicas a burocracias y grupos de interés resistentes al cambio. Al atribuirle al proceso esas características, no es sorprendente que los críticos creen que la capacidad institucional de los tribunales es insuficiente para hacer cumplir las sentencias, como demuestran los estudios empíricos sobre este tipo de activismo monológico.

En la práctica, las órdenes jerárquicas detalladas generaron transformaciones mucho menos ambiciosas que las contempladas por los tribunales, en gran parte debido a la resistencia de los intereses creados de ciertos grupos y a las limitaciones jurídicas y técnicas de la capacidad

13 Corte Constitucional colombiana, sentencia C-700 de 1999.

de los tribunales para ocuparse de problemas sociales estructurales (véase Feeley y Rubin, 1998). Un caso ilustrativo es la ya mencionada sentencia C-700 de 1999 de la CCC, que pretendió reemplazar el sistema nacional de financiación de la vivienda con otro pensado por la Corte. Aunque el Congreso colombiano cumplió con la orden de la Corte, que imponía aprobar una ley que estableciera un nuevo sistema de préstamos hipotecarios, la enorme complejidad técnica de su ejecución, unida a la resistencia organizada del sector financiero, diluyeron los efectos de la sentencia: las miles de demandas judiciales presentadas por los deudores hipotecarios no tuvieron éxito a la hora de que los tribunales civiles reconocieran la refinanciación de deudas, como había ordenado la CCC. A la luz de ese resultado, la CCC ha tenido una actitud más precavida en la jurisprudencia más reciente sobre financiación de vivienda, lo que ha erosionado todavía más el cumplimiento de la decisión original.

Las pruebas de los efectos limitados del activismo monológico y las preocupaciones sobre la legitimidad democrática de los tribunales no socavan sin más el activismo judicial, como desearían los partidarios de la restricción judicial. Tampoco cuestionan la exigibilidad judicial de los DESC en general. Sin embargo, sí exigen una reconstitución de la teoría y de la práctica sobre las intervenciones de los tribunales con respecto a los problemas socioeconómicos estructurales, con el fin de ocuparse de las objeciones aquí mencionadas mediante el activismo dialógico.

El funcionamiento del activismo dialógico

El que una determinada sentencia sobre DESC sea más o menos dialógica, depende de las elecciones efectuadas por los tribunales con respecto a tres elementos de la sentencia: el contenido sustantivo, las medidas judiciales y los mecanismos de seguimiento. El contenido sustantivo de la decisión se relaciona con la declaración, por parte del tribunal, de que ha habido una violación de un DESC exigible judicialmente y hasta qué punto se ha violado. Si se expresan mediante la tipología de enfoques judiciales con respecto a los DESC desarrollada por Tushnet (2008), la opción que tiene un tribunal ante ese problema es confirmar la exigibilidad judicial de un DESC en el caso concreto que analiza y, en el evento de fallar a favor del demandante, determinar qué alcance darles a sus derechos. Por consiguiente, las decisiones judiciales activistas, sean de la variedad monológica o dialógica, implican el reconocimiento de “derechos fuertes”.

Con respecto a las medidas judiciales, mientras que las sentencias monológicas implican órdenes precisas, orientadas hacia los

resultados, las dialógicas tienden a establecer las principales líneas de los procedimientos y fines amplios, y, en línea con el principio de separación de poderes, asignan a los otros órganos del poder público la carga de diseñar y poner en práctica las políticas. Si se usa de nuevo la tipología de Tushnet (2008), que distingue medidas judiciales “fuertes” de las “débiles”, en función del alcance de las órdenes y el grado en el que estas son obligatorias y urgentes, las medidas dialógicas tienden a ser más débiles.¹⁴

En la tipología de Tushnet falta un tercer elemento, el seguimiento, que es diferenciable fáctica y analíticamente de las medidas judiciales. Con independencia de la fuerza que tengan los derechos y las medidas judiciales reconocidas en la decisión, los tribunales tienen que decidir si conservan una jurisdicción supervisora sobre la ejecución. Las decisiones dialógicas tienden a iniciar un proceso de seguimiento que estimula el debate sobre las alternativas de política pública para solucionar el problema estructural detectado en la sentencia. A diferencia de los procesos judiciales monológicos, los detalles de las políticas surgen durante el curso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma. Con frecuencia, los tribunales dialógicos aprueban nuevas decisiones a la luz del progreso o los retrasos en el proceso, y estimulan el debate entre los interesados mediante audiencias públicas deliberativas. Como se señaló, este diálogo constitucional implica la participación de un rango más amplio de interesados en el proceso de seguimiento. Además del tribunal y de los organismos del Estado afectados directamente por la sentencia, la ejecución involucra a las víctimas cuyos derechos se han violado, a organizaciones relevantes de la sociedad civil, a organismos internacionales de derechos, y a otros grupos y sujetos cuya participación es útil para la protección de los derechos en cuestión, desde organizaciones de base hasta académicos.

Esta descripción, compuesta de tres elementos, permite una valoración de la naturaleza monológica o dialógica de una determinada sentencia o tribunal. Las decisiones más dialógicas en los casos estructurales involucran: reconocimiento claro de la exigibilidad judicial del derecho en cuestión (derechos fuertes); asignación de las decisiones de política pública a las ramas electas del poder, al tiempo que se establece un mapa claro para medir el progreso (medidas judiciales

14 Dado que me concentro principalmente en las sentencias estructurales donde se ordenan acciones positivas al Ejecutivo o a los órganos legislativos, no me detendré aquí en el análisis de las medidas judiciales negativas, como son las que ordenan a las autoridades elegidas que se abstengan de tomar ciertas acciones que violan un DESC, como imponer una carga tributaria excesiva a los pobres. Para un análisis más detenido de esta distinción, véase Uprimny (2006).

moderadas); y supervisión activa de la ejecución de las órdenes del tribunal mediante mecanismos participativos como las audiencias públicas, los informes de progreso y las decisiones sobre el seguimiento (seguimiento fuerte).

Hay diferencias destacables entre los tribunales activistas (y entre las decisiones de un mismo tribunal) con respecto a cada una de las tres dimensiones.¹⁵ Como veremos, aunque en la sentencia PID la CCC adoptó de forma explícita un enfoque dialógico, en las sentencias estructurales anteriores, como “Sobrepoblación carcelaria”, se inclinó por una combinación monológica de derechos y órdenes fuertes, con ausencia de seguimiento. Sin embargo, en otras decisiones estructurales, como “Crisis del sistema de salud”, ha adoptado una posición intermedia entre los enfoques monológicos y dialógicos.

El Tribunal Constitucional sudafricano ha tendido a adoptar una combinación de derechos fuertes, medidas judiciales débiles y ausencia de seguimiento. En casos como *Soobramoney*¹⁶ (sobre el derecho a la salud) y *Mazibuko*¹⁷ (sobre el derecho al agua), su enfoque de derechos moderados ha llevado a rechazar las reclamaciones sobre DESC con fundamento en que el Estado no había violado el estándar de razonabilidad al negarse a proporcionar, respectivamente, diálisis a una paciente terminal y suficientes cantidades de agua gratuita a ciudadanos pobres (Dugard, 2013). En otros casos, como *Grootboom*, ha fallado en favor del demandante, pero no ha establecido plazos ni procedimientos de seguimiento. En el caso de excepción de *Treatment Action Campaign*,¹⁸ ordenó una medida judicial fuerte (es decir, la orden de que el Estado proporcionara nevirapina a las embarazadas de todo el país para evitar la transmisión del VIH de madre a hijo), pero confirmó su preferencia por los derechos moderados (mediante su test de razonabilidad) y la ausencia de seguimiento. En el caso *Olivia Road*,¹⁹ es evidente un enfoque más dialógico, ya que la Corte ordenó al Estado y a los demandantes que establecieran un diálogo significativo entre ellos para encontrar una alternativa de vivienda apropiada frente a la

15 Para una comparación más detallada de los tribunales sudafricanos, indios y colombianos, véase Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015, cap. 8), de donde se toma en parte esta sección.

16 *Soobramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal* (1) SA 765 (CC) (1998).

17 *Mazibuko vs. City of Johannesburg* (4) SA 1 (CC) (2010).

18 *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign*, 2002 (5) SA 721 (CC), 754, 758 (S. Afr.).

19 *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg vs. City of Johannesburg* (3) SA 208 (CC) (2008).

necesidad de reubicar a los demandantes y sacarlos de sus asentamientos informales (Pillay, 2012).

El Tribunal Supremo indio ha recurrido a una mezcla de derechos, medidas judiciales y mecanismos de seguimiento fuertes (Pillay, 2014). Sin embargo, su jurisprudencia más reciente tiene un carácter más dialógico y combina los derechos fuertes, las medidas judiciales moderadas y el seguimiento fuerte (Muralidhar, 2008). Su enfoque de derechos fuertes es digno de señalarse, puesto que la Constitución de 1949 no consagraba los DESC como derechos exigibles ante los tribunales, sino más bien como directrices de la política estatal. El Tribunal ha construido así su enfoque al interpretar que las normas constitucionales sobre protección del derecho a la vida incluyen el derecho a un medio de vida en casos como Francis Mullin²⁰ y Olga Tellis.²¹ Sin embargo, su jurisprudencia más reciente podría ser calificada de dialógica (Chandrachud, 2009; Chitalkar y Gauri, en este libro), puesto que el tribunal ha asumido la función de “negociador inserto en el proceso, para facilitar el diálogo entre el Estado y los ciudadanos” mediante derechos fuertes, remedios moderados y supervisión fuerte (Shankar, 2013, p. 103). Ese ha sido sobre todo su enfoque en el caso sobre el derecho a la alimentación (Rodríguez Garavito, 2017). No obstante, el Tribunal a veces ha regresado a su enfoque de derechos débiles en casos clave como Narmada Bachao Andolan, en el que no encontró violaciones de los derechos de 41.000 familias desplazadas de sus casas a consecuencia de la construcción de una presa (Rajagopal, 2005, 2007).

¿Influyen esas diferencias en el grado de repercusión de las decisiones judiciales? Las pruebas del estudio de caso comparativo de las sentencias de la CCC sugieren que sí influyen. A continuación, estudio estas pruebas para concluir mi argumento.

El impacto del activismo dialógico

Hay tres sentencias estructurales fundamentales de la CCC que comparten un enfoque caracterizado por promover los derechos fuertes. La sentencia fundacional, “Sobrepoblación carcelaria”, contiene una fuerte condena porque la sobrepoblación carcelaria viola los derechos básicos de los detenidos; la CCC reconoció también la exigibilidad de esos derechos, algo de gran importancia. Se pueden leer explicaciones y condenas parecidas con respecto a otras violaciones masivas de los

20 Francis Mullin *vs.* The Administrator, 1 SCC 608 (1981).

21 Olga Tellis *vs.* Bombay Municipal Corporation, 3 SCC 545 (1985).

DESC en las sentencias posteriores sobre PID (T-025/04) y servicios de salud (T-760/08).

Sin embargo, con respecto a las órdenes judiciales es evidente la existencia de una fuerte división entre la primera sentencia y la jurisprudencia más reciente. En “Sobrepoblación carcelaria”, la CCC adoptó un enfoque de derechos fuertes al establecer órdenes detalladas dirigidas al Gobierno para que este suspendiera inmediatamente un contrato para la renovación de una de las cárceles más grandes de Bogotá y formulara, en un plazo de tres meses, un plan integral para la renovación de las existentes y la construcción de nuevas, que tenía que ejecutarse en un plazo de cuatro años; y para que terminara, antes de cuatro años, con el encarcelamiento de los detenidos provisionalmente al lado de los presos ya condenados.

Como se señaló, la CCC, que dictó la PID, adoptó un enfoque más procedimental y dialógico, al dejar que el Gobierno decidiera el contenido de los programas para las PID y la financiación requerida para llevarlos a cabo. Sin embargo, al mismo tiempo establece plazos estrictos y una orden orientada hacia resultados que obligaba al Gobierno a comenzar a proteger a corto plazo los derechos más básicos de las PID (en seis meses). Por consiguiente, conforme a la clasificación previa, esta decisión implicaba remedios moderados.

Un enfoque moderado, intermedio, con respecto a las órdenes judiciales, parecido al anterior, está claramente presente en las decisiones más recientes sobre servicios de salud. La mayoría de sus órdenes son de medio, no de resultado, y le ordenan al Gobierno que formule un plan de contingencia para ocuparse de la quiebra inminente del sistema de salud pública, cree protocolos administrativos para resolver las quejas de los pacientes, y establezca mecanismos para supervisar eficientemente a los prestadores privados de servicios de salud. La debilidad relativa de estas órdenes se ve compensada por los plazos estrictos y las medidas provisionales fuertes que se le imponen al Gobierno para que este unifique la cobertura básica de los pacientes de los sistemas de salud públicos y privados, como se había ordenado en la ley de 1993 (que, no obstante, no se había cumplido).

Por último, con respecto al seguimiento, la sentencia PID se destaca con respecto a las otras. En el curso de once años (2004-2015) dio lugar a 22 audiencias públicas de seguimiento, en las que han participado una gran variedad de actores gubernamentales y no gubernamentales; la Corte ha tomado 289 decisiones de seguimiento mediante las cuales ha ajustado sus órdenes a las necesidades, a la luz de los informes de progreso. La CCC ha instaurado, por tanto, un proceso de seguimiento notablemente fuerte.

En contraste, el enfoque anterior de la sentencia “Sobrepoblación carcelaria” no incluía ningún mecanismo de seguimiento promovido por la Corte; en lugar de eso, se limitó a solicitarle a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría de la Nación que supervisaran el cumplimiento de la decisión. También la Corte permaneció pasiva, en términos generales, con respecto a la sentencia “Crisis del sistema de salud” — a pesar de haber establecido las líneas principales de un mecanismo de seguimiento parecido al de la sentencia PID, y haber hecho entre 2015 y 2017 un seguimiento especial de la situación crítica de los hospitales de Chocó, como lo mencioné al comienzo de este capítulo —, hizo escasas audiencias públicas, no promovió una participación significativa de la ciudadanía y, en buena medida, limitó las medidas provisionales de seguimiento a requerirle información al Gobierno.²² Por tanto, ambos casos se han caracterizado por un seguimiento débil.

La tabla 3 resume la comparación entre los tres casos, y también los resultados del análisis que acabamos de efectuar.

TABLA 3
Comparación de las sentencias estructurales de la CCC

	Derechos	Órdenes judiciales	Seguimiento	Impacto
T-025/2004	Fuertes	Moderadas	Fuerte	Fuerte
T-760/2008	Fuertes	Moderadas	Débil	Moderado
T-153/1998	Fuertes	Fuertes	Débil	Débil

Aunque se necesitaría una muestra más amplia de casos para extraer conclusiones definitivas, esta comparación ofrece pistas útiles sobre la relación entre activismo dialógico y efectos de las sentencias judiciales. Los resultados sugieren que sentencias dialógicas como la PID tienen mayor potencial de tener impactos generales más profundos en el cumplimiento de los DESC,²³ mientras que es más probable

22 Una excepción a esta pasividad se produjo en la decisión de seguimiento de la Corte, el Auto 342 de 2009, que le ordena al Gobierno cumplir inmediatamente con su orden de unificar la cobertura de los menores de edad en los sistemas públicos y privados de salud. También lo son los autos de seguimiento a la visita a Chocó, que en 2017 ordenaron a los gobiernos nacional y regional tomar medidas inmediatas para conjurar la crisis.

23 Recorro aquí a una valoración sintética de la repercusión de las sentencias, en la que se agregan los cuatro tipos de efectos explicados: directos, indirectos, materiales y simbólicos.

que las sentencias monológicas, como “Sobrepoblación carcelaria”, tengan un impacto menor. Entre los dos extremos existen diferentes combinaciones de derechos, medidas judiciales y seguimiento que probablemente tienen impacto moderado.

Es interesante señalar que la CCC parece haber extraído lecciones similares de los resultados diversos producidos por sus sentencias estructurales. Entre 2016 y 2017, la Corte estaba cambiando gradualmente su enfoque en “Sobrepoblación carcelaria” y “Crisis del sistema de salud” hacia una dirección más dialógica. La evidencia de que las penosas condiciones de prisión no han mejorado, hizo que la Corte reactivara su jurisdicción de supervisión para el primero de los casos en 2015, y también convocó a una comisión de seguimiento de la sociedad civil al estilo del caso PID. En el caso “Crisis del sistema de salud”, la Corte decidió nombrar peritos y trabajar con la sociedad civil y las organizaciones académicas que pueden proporcionar opiniones independientes sobre el cumplimiento del Gobierno con la orden de la sentencia. También convocó “sesiones técnicas” entre funcionarios, miembros de la Corte y peritos (incluido el autor de este capítulo), gracias a lo cual ha surgido gradualmente un proceso más dialógico e interactivo de seguimiento que tiene la perspectiva de mejorar el cumplimiento y maximizar los efectos positivos de la intervención de la Corte.

También se requerirían investigaciones adicionales para detallar los mecanismos específicos que están detrás de los impactos de las sentencias dialógicas. Mi hipótesis es que las sentencias dialógicas tienen impacto más profundo porque se ocupan de dos obstáculos prácticos fundamentales para la ejecución de las decisiones estructurales: la resistencia política y la capacidad institucional. En cuanto a lo primero, las medidas provisionales estructurales sobre DESC despiertan la resistencia natural de sectores poderosos con intereses creados en mantener el *statu quo*. En los casos estudiados, esos sectores incluyen a los prestadores privados de servicios de salud y las empresas farmacéuticas que obtienen gigantescos beneficios de miles de sentencias de tribunales inferiores en las que se ordena al Gobierno que pague medicamentos de marcas específicas, funcionarios públicos indiferentes que trabajan en burocracias anquilosadas responsables de los programas de PID, y personal negligente y corrupto en un sistema carcelario sobrepoblado.

Al otorgar poder a una variedad más amplia de interesados en participar en el seguimiento, los tribunales generan efectos directos e indirectos que pueden ayudar a superar la resistencia política. El efecto principal es la participación directa de actores políticos, como las ONG de derechos humanos, los organismos administrativos orientados a la reforma, y aquellas organizaciones de base que pueden incorporar,

como parte de su propio programa de acción, el impulso al cumplimiento de la sentencia, con lo que se convierten en una fuente de poder compensatorio contra el *statu quo*. Además, las órdenes de esta naturaleza pueden llevar a la formación de coaliciones políticas para apoyar al tribunal que toma la decisión y generar una cobertura de los medios de comunicación que potencie los efectos materiales y simbólicos del caso. Como se señaló, así ocurrió con la sentencia PID, que inspiró la fundación de una comisión de seguimiento de la sociedad civil, que a su vez se ha convertido en un aliado fundamental del tribunal y también en una proveedora de información y recomendaciones valiosas.

Respecto a lo segundo, la capacidad institucional, los mecanismos del activismo dialógico pueden ayudar a los tribunales a ocuparse de las deficiencias institucionales para solucionar problemas socioeconómicos complejos. Para reconocer que los tribunales carecen del conocimiento técnico, el personal y los recursos necesarios (por no hablar de la legitimidad) para elaborar y ejecutar las soluciones a problemas tan complicados como el desplazamiento forzado o la falta de acceso a medicamentos esenciales no hay que ser un formalista jurídico.

Sin embargo, eso no significa que los tribunales no puedan provocar y moderar un diálogo entre las autoridades públicas y los actores de la sociedad sobre estas cuestiones, frente a fracasos extendidos de las políticas públicas y violaciones masivas de los DESC. Al convocar no solo a los funcionarios, sino también a una amplia variedad de actores con conocimientos relevantes, como los líderes y miembros de la población beneficiaria, expertos académicos y organismos internacionales de derechos humanos, los tribunales dialógicos pueden promover la búsqueda colaborativa de soluciones, o al menos una discusión pública sobre vías de acción alternas (Sabel y Simon, 2004). Los efectos directos e indirectos que pueden surgir potencialmente de ese diálogo incluyen el desbloqueo de ciertos procesos de política pública, mejoras de la coordinación entre organismos públicos que previamente estaban desconectados y la creación de políticas públicas enmarcadas en el lenguaje de los derechos.

La sentencia PID proporciona una muestra interesante de estos efectos. Una característica especialmente útil del proceso de seguimiento ha sido la formulación colaborativa de indicadores de avance en el cumplimiento de los derechos de las PID. Mediante un proceso insistente, de varios años de duración, que ha incluido numerosas órdenes de seguimiento dictadas por la Corte y propuestas de organismos gubernamentales y no gubernamentales, la CCC adoptó una lista de veinte indicadores, basados en los derechos fundamentales, para valorar el progreso. Esos indicadores han proporcionado un marco

compartido de seguimiento para todos los interesados, y también una herramienta para que la Corte pueda ajustar sus medidas provisionales de seguimiento en respuesta a resultados observados sobre la evolución de las políticas y la situación de las PID.

En resumen, al combinar los derechos, las medidas judiciales y los mecanismos de seguimiento del activismo dialógico, los jueces pueden compensar algunos de los defectos institucionales y políticos que hacen ineficaces las intervenciones de los tribunales en problemas complejos de distribución de recursos, y aumentar el impacto de sus fallos.

Conclusiones

En las dos últimas décadas, los tribunales, activistas y académicos han desarrollado teorías, estrategias y doctrinas cuyo propósito es hacer realidad la promesa de los derechos socioeconómicos en situaciones caracterizadas por privaciones graves y generalizadas, y por desigualdades inaceptables. En la literatura y la jurisprudencia no hay una reflexión sistemática sobre el cumplimiento y los efectos reales de las sentencias sobre DESC. En este capítulo he buscado contribuir al tratamiento de estas cuestiones abordándolas desde dos ángulos. En primer lugar, he ofrecido un marco analítico y metodológico para poder apreciar toda la gama de efectos que tienen las sentencias de los tribunales. He argumentado que, además de los resultados materiales directos en los que se tienden a concentrar los tribunales y los estudiosos, las consecuencias de las decisiones judiciales incluyen un conjunto más amplio de efectos indirectos y simbólicos que pueden ser tan relevantes para el cumplimiento de los DESC como aquellos efectos que surgen directamente de las órdenes de los tribunales. Ilustré esta tipología general de efectos con datos provenientes de los diversos resultados de la sentencia más ambiciosa de la Corte Constitucional colombiana: la T-025 de 2004.

En segundo lugar, investigué las características de las decisiones de los tribunales que pueden tener influencia en su impacto. Destaqué la dimensión de los casos (individual o colectiva), así como la fortaleza de: a) la declaración de derechos, b) las órdenes y c) el seguimiento de las sentencias. Adicionalmente, formulé la hipótesis de que las sentencias dialógicas, caracterizadas por derechos fuertes, medidas judiciales moderadas y seguimiento fuerte, probablemente sean las que mayor impacto tengan en el cumplimiento de los DESC. Ilustré esa hipótesis mostrando las conclusiones de un estudio de caso comparado sobre las consecuencias de tres decisiones estructurales históricas de la CCC sobre DESC.

Se requieren investigaciones adicionales para comprobar esas conclusiones y las hipótesis planteadas. Estudios que usen una mayor muestra de casos y comparaciones transnacionales son vías prometedoras. Estas y otras estrategias de investigación nos dan la esperanza de poder ver qué hay dentro de la caja negra que es hoy la fase posterior a la emisión de las sentencias en los casos de DESC.

Urge especialmente este tipo de análisis porque la preocupación por el impacto de las sentencias es una de las cuestiones más presentes en el pensamiento de los litigantes y los jueces. Después de todo, generar impactos concretos que mejoren el acceso a bienes y servicios, así como su calidad —como una vivienda digna o servicios de salud— es lo que hace que los litigantes y los activistas recurran a los tribunales. En ese mismo sentido, si las sentencias no tienen consecuencias prácticas, sería insensato que los tribunales incurrieran en los elevados costos institucionales asociados con sus sentencias activistas sobre DESC, especialmente en casos estructurales que implican negociaciones prolongadas y tensiones con los organismos administrativos responsables de ejecutarlas. Una vez que haya pasado la euforia sobre el caso, la pregunta que estará en la mente de todos será: ¿valió la pena?

Referencias

- Abramovich, V. (2005). Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2 (2), 188-223.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Abramovich, V. y Pautassi, L. (eds.) (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales: estudios de caso*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Acción Social (2011). Desplazamiento forzado en Colombia. Recuperado de <http://www.accionsocial.gov.co/documentos/Retornos/CIDH%20Desplazamiento%20Forzado%20en%20Colombia%20Marzo%202010%20para%20Cancillería1.pdf>
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis-Uniandes.
- Arango, R. (ed.) (2007). ¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales? En *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales* (pp. 377-408). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Berger, J. (2008). Litigation for social justice in post-apartheid South Africa: A focus on health and education. En Gauri, V. y Brinks, D. (eds.). *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (pp. 38-99). New York: Cambridge University Press.

- Bilchitz, D. (2007). *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Bilchitz, D. (2013). Constitutions and distributive justice: Complementary or contradictory? En Bonilla, D. (ed.). *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (pp. 41-94). New York: Cambridge University Press.
- Bonilla, D. (ed.) (2013). *Constitutionalism of the Global South: The activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En Bourdieu, P. y Teubner, G. *La fuerza del derecho* (pp. 153-220). Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (2008). *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Chandrachud, A. (2009). Dialogic judicial activism in India. *The Hindu* (July 18) Recuperado de <http://www.thehindu.com/2009/07/18/stories/2009071852820800.htm>.
- Chayes, A. (1976). The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, 89 (7), 1281-1316.
- Clavijo, S. (2001). *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Bogotá: Alfaomega.
- Codhes (Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento) (2011). ¿Consolidación de qué? Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Bogotá: Codhes.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (2008). *Séptimo Informe de verificación sobre el cumplimiento de derechos a la población en situación de desplazamiento*. Bogotá: Comisión de Seguimiento.
- Coomans, F. (ed.) (2006). *Justiciability of Economic Rights*. Antwerp: Intersentia.
- Dixon, R. (2007). Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 5 (3), 391-418.
- Dugard, J. y Langford, M. (2011). Art or science? Synthesising lessons from public interest litigation and the dangers of legal determinism. *South African Journal on Human Rights*, 27 (1), 39-64.
- Dugard, J. (2013). Urban basic services: Rights, reality and resistance. En Langford, M., Cousins, B., Dugard, J. y Madligozi, T. (eds.). *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?* (pp. 275-309). New York: Cambridge University Press.

El Tiempo (2008). El año de los desplazados. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4200986>.

El Tiempo (2014). Colombia es el segundo país del mundo con más desplazados, tras Siria. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13989688>

Epp, C. (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and the Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: Chicago University Press.

Fairstein, C., Kletzel, G. y García Rey, P. (2010). En busca de un remedio judicial efectivo: nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales. En Arcidiácono, P., Espejo, N. y Rodríguez Garavito, C. (eds.). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Ediciones Uniandes, CELS, Universidad Diego Portales y Siglo del Hombre Editores.

Feeley, M. y Rubin, E. (1998). *Judicial Policymaking and the Modern State: How Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ferraz, O. (2011). Brazil, health inequalities, rights and courts: The social impact of the judicialization of health. En Yamin, A. y Gloppen, S. (eds.). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (pp. 76-102). Cambridge MA: Harvard University Press.

Fredman, S. (2008). *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press.

García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá: Debate.

Gargarella, R. (2011). Dialogic justice in the enforcement of social rights. En Yamin, A. y Gloppen, S. (eds.). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (pp. 232-245). Cambridge MA: Harvard University Press.

Gauri, V. (2010). Fundamental rights and public interest litigation in India: Overreaching or underachieving? *Indian Journal of Law and Economics*, 1 (1), 71-93.

Gauri, V. y Brinks, D. (eds.) (2008). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. New York: Cambridge University Press.

González, F. (2004). *El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Hirsch, D. (2007). A defense of structural injunctive remedies in South African Law. *Oregon Review of International Law*, 9 (1), 1-66.

Hirschl, R. (2004). A defense of structural injunctive remedies in South African law. *Oregon Review of International Law*, 9 (1), 1-66.

International Commission of Jurists (2008). *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights and Rule of Law Series*, 2. Ginebra: CIJ.

- Joubert, P. (2008). Grootboom dies homeless and penniless, *Mail & Guardian* (agosto 8) Online. Recuperado de <http://www.mg.co.za/article/2008-08-08-grootboom-dies-homeless-and-penniless>.
- Kalmanovitz, S. (2001). *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Editorial Norma.
- Klarman, M. (2007). *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*. Oxford: Oxford University Press.
- Lamprea, E. (2015). *Derechos en la práctica: políticas de salud, litigio y cortes en Colombia (1991-2014)*. Bogotá: Uniandes.
- Langford, M. (ed.) (2003). *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies*. Geneva: Centre on Housing Rights and Evictions.
- Langford, M. (2009). *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. New York: Cambridge University Press.
- Langford, M., Cousins, B. et al. (eds.) (2013). *Symbols or Substance: The Role and Impact of Socio-Economic Rights Strategies in South Africa*. New York: Cambridge University Press.
- Liebenberg, S. (2010). *Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution*. Claremont: JUTA.
- Maurino, G., Nino, E. y Sigal, M. (2005). *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional y comparado*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- McCann, M. (1994). *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: Chicago University Press.
- Michelman, F. (2009). Economic power and the constitution. En Balkin, J. y Siegel, R. (eds.). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press.
- Møestad O., Rakner, L. y Ferraz, O. (2011). Assessing the impact of health rights litigation: A comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India, and South Africa. En Yamin, A. y Gloppen, S. (eds.). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (pp. 273-303). Cambridge MA: Harvard University Press.
- Muralidhar, S. (2008). India. En Langford, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 102-124). New York: Cambridge University Press.
- National Planning Department y Ministry of Finance of Colombia (2014). *Report on Resources Assigned and Spent in the Framework of the Public Policy for the Population of Victims of Internal Displacement — Response to Order 5 of Decision 219 of 2011*. Bogotá: DNP y MHCP.
- Nino, C. S. (1996). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press.
- Pillay, A. (2012). Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement. *International Journal of Constitutional Law*, 10 (3).

- Pillay, A. (2014). Revisiting the indian experience of economic and social rights adjudication: The need for a principled approach to judicial activism and restraint. *International and Comparative Law Quarterly*, 63.
- Rajagopal, B. (2005). Limits of law in counter-hegemonic globalization: The Indian Supreme Court and the Narmada Valley struggle. En Santos, B. y Rodríguez Garavito, C. (eds.). *Law and Globalization from Below: Toward a Cosmopolitan Legality*. New York: Cambridge University Press.
- Rajagopal, B. (2007). Pro-human rights but anti-poor? A critical evaluation of the Indian Supreme Court from a social movement perspective. *Human Rights Review*, 18 (3).
- Rodríguez Garavito, C. (2011a). Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socio-economic rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89 (7), 1669-1698.
- Rodríguez Garavito, C. (2011b). Toward a sociology of the global rule of law field: Neoliberalism, neoconstitutionalism, and the contest over judicial reform in Latin America. En Garth, B. y Dezalay, Y. (eds.). *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization* (pp. 156-182). New York: Routledge.
- Rodríguez Garavito, C. (2013). The judicialization of health: Symptoms, diagnosis, and prescriptions. En Peerenboom, R. y Ginsburg, T. *Law and Development of Middle-Income Countries* (pp. 246-269). Cambridge: Cambridge University Press.
- Rodríguez Garavito, C. (2017). Empowered participatory jurisprudence: Experimentation, deliberation and norms in socioeconomic rights adjudication. En Young, K. *The Future of Economic and Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rodríguez Garavito, C. y Kauffman, C. (2014). *Making Social Rights Real. Implementation Strategies for Courts, Decision Makers and Civil Society*. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión: el impacto del activismo judicial sobre derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Roth, K. (2004). Defending economic, social and cultural rights: Practical issues faced by an International Human Rights Organization. *Human Rights Quarterly*, 26 (1), 63-73.
- Rosenberg, G. (1991). *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.
- Sabel, C. y Simon, W. (2004). Destabilization rights: How public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, 117 (4), 1015-1101.
- Shankar, S. y Bhanu Mehta, P. (2008). Courts and socioeconomic rights in Brazil. En Gauri, V. y Brinks, D. (eds.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (pp. 100-145). New York: Cambridge University Press.

- Shankar, S. (2013). The embedded negotiators: India's higher judiciary and socioeconomic rights. En Bonilla, D. (ed.). *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (pp. 95-128). New York: Cambridge University Press.
- Swidler, A. (1986). Culture in action: Symbols and strategies. *American Sociological Review*, 51 (2), 273-286.
- Sunstein, C. (1996). Against positive rights. En Sajó, A. (ed.). *Western Rights? Post-Communist Applications* (pp. 225-232). The Netherlands: Kluwer Law International.
- Sunstein, C. (2004). *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books.
- Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Unger, R. (1987). *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. New York: Verso.
- UNHCR (2013). War's human cost: UNHCR Global Trends 2013. Recuperado de http://www.unhcr.de/fileadmin/user_upload/dokumente/06_service/zahlen_und_statistik/Global_Trends_2013.pdf
- Uprimny, R. (2006). Should courts enforce social rights? The experience of the colombian Constitutional Court. En Comans, F. (ed.). *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems* (pp. 355-388). Antwerp: Intersentia.
- Uprimny, R. y García Villegas, M. (2004). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En Santos, B. y García, M. (eds.). *Emancipación social y violencia en Colombia* (pp. 463-516). Bogotá: Editorial Norma.
- Wilson, B. (2005). Changing dynamics: The political impact of Costa Rica's Constitutional Court. En Sieder, R. y Angell, A. (eds.). *The Judicialization of Politics in Latin America* (pp. 47-66). London: Palgrave Macmillan.
- Wilson, B. (2011). Costa Rica: Health rights litigation. Causes and consequences. En Yamin, A. y Gloppen, S. (eds.). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (pp. 132-154). Cambridge, MA.: Cambridge University Press.
- Yamin, A., Parra, O. y Gianella, C. (2011). Judicial protection of the right to health: An elusive promise? En Yamin, A. y Gloppen, S. (eds.). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (pp. 103-131). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Yamin, A. y Gloppen, S. (eds.) (2011). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Cambridge, MA: Harvard University Press.

PARTE 2
ESTUDIOS DE CASO

4. Costa Rica: comprender las variaciones en el cumplimiento

*Bruce M. Wilson y
Olman A. Rodríguez L.*

Introducción

Después de muchos años de inactividad judicial en Costa Rica, en 1989 se creó una nueva Sala Constitucional del Tribunal Supremo, que se conoce usualmente como la Sala IV. En los veinte años siguientes la Sala decidió cerca de 230.000 casos, sobre prácticamente todos los artículos de la Constitución, y, por tanto, muchos casos sobre derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Si bien se sabe bastante acerca de la creación de la Sala IV, sobre cómo y por qué se convirtió en una institución activa y sobre la naturaleza de su jurisprudencia, poco se conoce acerca de la principal cuestión planteada en este libro: ¿cuáles son las condiciones en las cuales se cumplen las decisiones sobre derechos económicos, sociales y culturales ordenadas por el tribunal? Este capítulo explora la respuesta a esa pregunta detallando, primero, la transformación del sistema costarricense de tribunales superiores que dio lugar a uno de los tribunales más asertivos de América Latina, que toma regularmente decisiones en casos constitucionales y de derechos. Las siguientes secciones examinan brevemente la rápida expansión del número de casos del tribunal durante sus primeros veinte años de funcionamiento, mientras que la parte central del capítulo se ocupa de las principales preguntas de este libro: ¿qué pasa cuando un tribunal toma decisiones favorables en materia de derechos económicos, sociales y culturales? ¿Sus órdenes se ponen en práctica, o no son tenidas en cuenta por el Gobierno y otras autoridades públicas y sujetos privados? ¿Cuáles son los factores que promueven, perjudican o dificultan el cumplimiento de estas decisiones? Usamos nuevos datos, preliminares, sobre la Sala Constitucional de la Corte Suprema para examinar qué instituciones cumplen, por lo general, con las órdenes del tribunal y cuáles no lo hacen, y qué tipos de sentencias tienen mayor probabilidad de cumplimiento. También estudiamos algunos casos específicos y exitosos de derechos económicos, sociales y culturales, para comprobar las condiciones bajo las cuales es más probable que las instituciones demandadas cumplan o se resistan a

las decisiones tomadas. Los casos ayudan a iluminar los efectos positivos que han tenido algunos de ellos para los demandantes individuales, e ilustran el grado en el que han mitigado la desigualdad y la injusticia social en Costa Rica. La última sección del capítulo estudia evidencias observadas sobre el cumplimiento o incumplimiento de las decisiones sobre DESC tomadas por la Sala IV de la Corte Suprema.

El contexto judicial: darle vida a una Constitución rica en derechos

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Costa Rica se reconoce en general como uno de los tribunales más poderosos y asertivos de las Américas, que ejerce una función significativa de control de las autoridades públicas y, habitualmente, hace cumplir una amplia variedad de derechos económicos, sociales y culturales (Navia y Ríos-Figueroa, 2005; Gloppen *et al.*, 2010; Helmke y Ríos-Figueroa, 2011). Antes de la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, en 1989, la Constitución del país, rica en derechos, había sido en gran parte ignorada y los significativos poderes concedidos a la Corte por la Constitución de 1949 rara vez se usaron para controlar la responsabilidad de los actos de las otras ramas del Estado.¹ Históricamente, el tribunal superior de Costa Rica² —la Corte Suprema de Justicia— era un típico tribunal latinoamericano, que rara vez resolvía cuestiones en las que se planteaba la protección de cualquier derecho fundamental reconocido en la Constitución. Rodríguez Cordero (2002, p. 43) señala que en 1980 la Corte Suprema se ocupó de solo once casos sobre derecho de amparo. La visión que tenían los magistrados acerca de sus propios poderes y funciones era muy limitada, “ejercían el control constitucional con

1 Entre los desarrollos históricos de los muchos derechos fundamentales consagrados en la Constitución de Costa Rica está la regulación de los derechos civiles y políticos (primera generación), los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación) y los relativos a los derechos de solidaridad (tercera generación). La Constitución de 1949 recoge derechos asociados con la constitución liberal, como el derecho a la libertad de expresión (art. 29), el derecho de libertad religiosa (art. 75) y los derechos políticos (arts. 90 a 98). También regula derechos asociados con un Gobierno social, como el derecho a la vivienda (art. 65) o el derecho a la seguridad social (art. 73) y, por último, los derechos basados en el concepto de solidaridad, como el derecho a un medio ambiente saludable y equilibrado ecológicamente (art. 50), los derechos del consumidor (art. 46) y otros. Esos y otros derechos se han expandido mediante el artículo 48 de la Constitución, que incorpora instrumentos internacionales de derechos humanos (Constitución de la República de Costa Rica, 1949).

2 La Corte Suprema tiene una segunda función como órgano administrativo del Poder Judicial y antes de las reformas constitucionales de 1989 actuaba también como tribunal constitucional.

excesiva timidez” (Gutiérrez, 1999, p. 49) y dio por supuesta “la constitucionalidad de todas las leyes” aprobadas por la Asamblea Legislativa (Cruz Castro, 2007, p. 557).

Con la promulgación de una nueva Constitución en 1949, el poder político se configuró en torno a tres ramas independientes del Estado: el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y la Corte Suprema.³ En los siguientes cuarenta años, los poderes Ejecutivo y Legislativo, y el Tribunal Supremo de Elecciones consolidaron su posición institucional, mientras que la Corte Suprema mantuvo su deferencia hacia las ramas populares del poder y continuó demostrando una falta de preocupación por los derechos constitucionales, como lo había hecho antes de 1949, cuando terminó la guerra civil. La Corte Suprema fue en gran parte irrelevante para la política cotidiana de Costa Rica hasta después de 1989 (Wilson, 2007; 2009).

La creación de un tribunal resuelto

Las motivaciones para la reforma judicial que creó la Sala IV y las leyes específicas que crearon la nueva sala de la Corte Suprema se han analizado en otros lugares (véase, por ejemplo, Murillo, 1994; Rodríguez, 2011; Wilson, 2011). En síntesis, una comisión legislativa, establecida a mediados de los años ochenta para investigar la corrupción en la Corte Suprema, destacó las deficiencias institucionales del tribunal y recomendó una forma más moderna y eficiente de decisión constitucional (Hernández, 2007). Las bases filosóficas de las enmiendas constitucionales de 1989, por consiguiente, buscaban darle vida jurídica a la Constitución de 1949. Uno de los arquitectos de las reformas, Rodolfo E. Piza, señala que:

...la piedra angular de todo nuestro sistema político reside en la supremacía de la Constitución, que para nosotros es la garantía de la democracia, la libertad y el Estado de derecho. Así que todo lo que hacemos tiende hacia la constitucionalidad de las acciones de todas las autoridades públicas e individuos; habría que celebrar todo lo que esté dirigido a conseguir que las cosas se hagan conforme a la Constitución y todo lo que la perjudique debería rechazarse (Castillo y Sansonetti, s. f., p. 334).

3 Artículo 9 de la Constitución de la República de Costa Rica: “El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias” (tras la modificación por la Ley 8364, de 1 de julio de 2003). Fue creado lo que se podría considerar casi como una cuarta rama, el Tribunal Supremo de Elecciones, para “interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral” (art. 102).

Para Piza, una constitución democrática requiere acceso abierto a un tribunal para protegerla y proteger los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Una explicación completa de los cambios constitucionales que crearon la Sala Constitucional de la Corte Suprema se encuentra en Castillo y Sansonetti (s. f.), Hernández (2007), Wilson (2007, 2011) y Rodríguez (2011). Aquí se ofrece una breve síntesis de esos cambios y se describe la parte más relevante de las leyes que facilitaron la nueva asertividad de la Corte y su jurisprudencia subsecuente.

La Sala IV suele ejercer, desde su creación, una función amplia de control de las responsabilidades con respecto a otras ramas del Gobierno, alejada de la tradicional aceptación del formalismo jurídico seguido por la Corte Suprema antes de la reforma y se ha abierto a una estructura de oportunidad jurídica⁴ que ha permitido que incluso los individuos más pobres y más marginados busquen en el tribunal la protección de sus derechos constitucionales (Gloppen et al., 2010; Wilson, 2007, 2011). La marcada diferencia del comportamiento judicial antes y después de las reformas de 1989 muchas veces se ha denominado “revolución judicial” (Murillo, 1994; Solis Fallas, citado en Martínez, 2009). El resto de este capítulo habla de esta “revolución” y examina el grado en el que se han producido diferencias tangibles para los demandantes involucrados.

La Ley 7128 (Ley que modificó la Constitución de 1949)⁵ ordenaba la creación de una Sala Constitucional en la Corte Suprema, mientras que la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC)⁶ requería a la Sala IV “garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario o vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación” (LJC 1989, art. 1). La LJC centraliza la revisión judicial, el hábeas corpus, el amparo, etc., en la Sala IV. El recurso de amparo, que es el tipo de caso que se presenta con mayor frecuencia, es un “procedimiento sumario, pensado para estudiar reclamaciones relativas a violaciones de derechos fundamentales (derechos individuales y sociales), y proporciona una medida de protección temporal con la excepción de aquellos derechos relativos

4 Usamos el concepto de “estructura de oportunidad jurídica” para señalar las estructuras y normas de tribunales reforzados que abrieron una nueva vía institucional que los grupos pueden aprovechar y utilizar para buscar la protección de sus derechos o exigir responsabilidad a otras ramas del Estado por la constitucionalidad de sus acciones (Hilson, 2002; Wilson y Rodríguez, 2006).

5 Ley 7128 de agosto de 18 de 1989, que reforma los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución de 1949.

6 Ley 7135 de 11 de octubre de 1989, artículo 1.

a la libertad personal, que se protegen mediante la acción de hábeas corpus” (Rodríguez, 2011, p. 250). El derecho de amparo se puede considerar como un procedimiento muy flexible, significativamente diferente del elevado nivel de formalismo legal y de legitimidad procesal restringida que caracterizaba a la Corte Suprema antes de la reforma; el amparo permite que cualquier persona, con independencia de su género, ciudadanía y edad, interponga un recurso las 24 horas del día, los 365 días del año, sin necesidad de representación legal, conocimiento jurídico o pago de tasas judiciales. La falta de formalidad se refleja en la disposición de los tribunales a aceptar amparos incluso cuando están escritos a mano en papel de envolver o en Braille.

La nueva sala de la Corte Suprema transformó el tribunal, que pasó de ser una institución inactiva, institucionalmente débil, ligada a las normas formales, a ser uno de los tribunales más poderosos y asertivos de Latinoamérica (Navia y Ríos-Figueroa, 2005; Gloppen et al., 2010; Helmke y Ríos-Figueroa, 2011). La Corte tiene el poder de decidir los conflictos que surgen entre ramas del Gobierno; ejercer la revisión judicial *a priori* y *a posteriori*, y no se necesita de un conflicto para que ejerza su jurisdicción, aunque la revisión abstracta rara vez se ha usado. Todas las decisiones de la Corte Suprema tienen valor como precedente jurisprudencial y obligan a los tribunales inferiores, pero no a la propia Corte, lo que es una situación inusual si se tiene en cuenta que la mayoría de las decisiones de amparo y de hábeas corpus son por iniciativa de individuos. De hecho, según el magistrado Luis Fernando Solano, de la Sala IV, “no hay ningún otro tribunal en el mundo que tenga las competencias de la Sala IV” (Vizcaíno, 2006; véase también Hernández, 2008). Si bien la existencia de estas reglas o poderes no garantiza que la Corte los use, Wilson y Rodríguez Cordero (2006) muestran cómo en conjunto crean una estructura de oportunidad jurídica de bajo costo que antes no existía. Como señala Eduardo Sancho, magistrado de la Sala IV, esta Sala no fue “una institución creada para estar al servicio de la Rama Ejecutiva, sino más bien lo contrario: para proteger los derechos de la gente” (Corte Suprema de Justicia, 1999). Como muestra la siguiente sección, esta nueva estructura de oportunidad jurídica se ha usado ampliamente por grupos e individuos de prácticamente todos los sectores de la sociedad, incluidos aquellos más débiles y marginados, como los prisioneros, los homosexuales, los pacientes con sida, las mujeres o los obreros.

Los primeros veinte años de la Sala IV

La línea más clara de la gráfica 1 ilustra el aumento espectacular del número total de casos resueltos por la Sala IV desde su creación, desde

aproximadamente 2.300 casos en su primer año de funcionamiento (1990) hasta casi 19.000 en 2009.⁷ La línea más oscura de la gráfica 1 muestra el rápido crecimiento de los casos de amparo (muchos de los cuales implican derechos socioeconómicos), que constituyen la inmensa mayoría de los casos presentados ante la Corte. Por desgracia, la naturaleza limitada del estudio sobre cumplimiento de la Sala IV no revela ninguna información concreta sobre el porcentaje de los recursos de amparo que involucran de manera directa derechos económicos, sociales y culturales. Lo que sabemos, a partir de información anecdótica⁸ de la lista publicada de principales casos del tribunal (Poder Judicial, 2012) es que el número de casos sobre derechos económicos, sociales y culturales ha aumentado de manera similar con el transcurso de los años. Para superar las limitaciones de los datos, usamos una serie de ejemplos de reclamaciones exitosas de derechos económicos, sociales y culturales con el fin de ilustrar los niveles de cumplimiento de las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema. El bajo nivel de formalidad, la accesibilidad y la prioridad otorgada a sus procesos convierte a la Sala IV en una vía atractiva y efectiva para los individuos o los grupos que intentan usar el poder de la Corte para establecer o proteger sus derechos constitucionales. La gráfica 2 ilustra que el afán de aprovechar el acceso fácil, con costos bajos, a la nueva Sala generó una cantidad de casos que casi colapsó la capacidad de la Corte. En los primeros años de la Corte, a medida que creció el número de casos presentados, también lo hizo el tiempo que se utilizaba para decidirlos, que pasó de 11 semanas en los primeros años de funcionamiento a casi 40 semanas a mediados de 1990. En última instancia, el tribunal consiguió ponerse al día con su número de casos y redujo gradualmente el tiempo entre la presentación del caso en la Secretaría de la Corte y la entrega de una decisión, hasta llegar al plazo actual, que es de menos de 10 semanas. El aumento de la velocidad del proceso judicial, unido al bajo costo del acceso proporcionado por la estructura de oportunidad jurídica tal vez estimuló todavía más la presentación de casos.

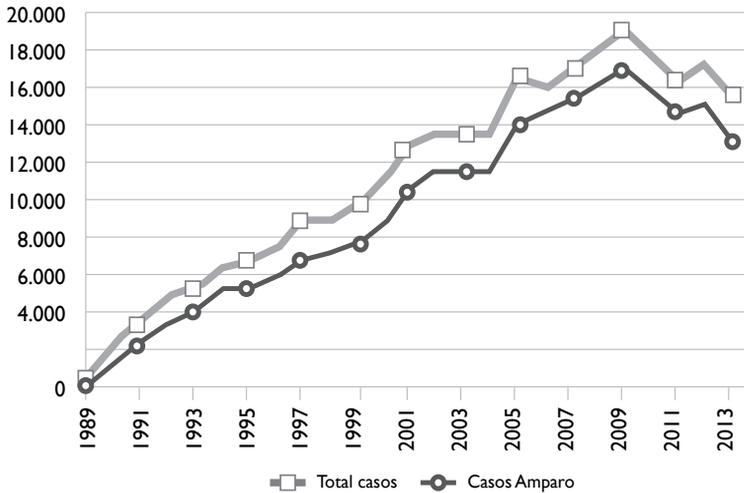
No obstante, como señalan Sieder, Schjolden y Angell (2005, p. 3), “el mayor activismo por parte de los tribunales no indica automáticamente el fortalecimiento de los derechos de los individuos o los

7 Aunque el crecimiento del número de casos es real, las fluctuaciones de un año al siguiente deben ser valoradas con precaución. En un día cualquiera el número de casos presentados puede dispararse en cientos debido a la presentación de “casos masivos” por sindicatos o asociaciones profesionales en representación de sus miembros.

8 Uno de los autores de este capítulo, Olman Rodríguez, ha trabajado como letrado de la Sala IV durante más de veinte años.

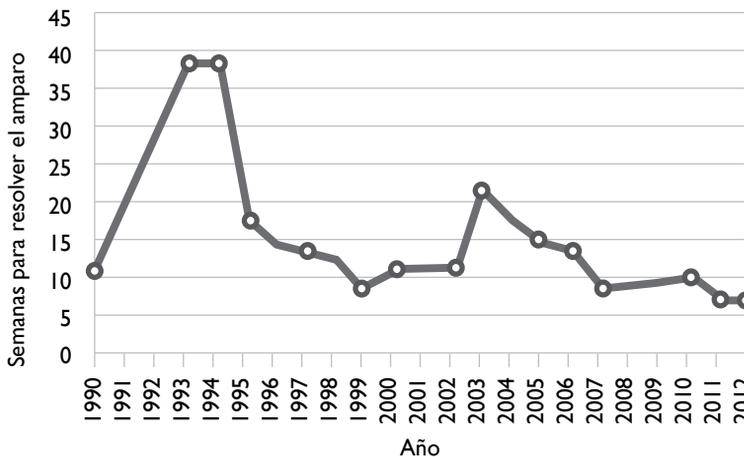
grupos". Es decir, solo porque exista una clara judicialización de las reivindicaciones de derechos económicos, sociales y culturales, eso no significa que un tribunal vaya a apoyar esas reclamaciones de derechos. Además, incluso si un tribunal decide en favor de las reclamaciones de derechos, no hay ninguna garantía de que se cumpla automáticamente con las decisiones de la Corte.

GRÁFICA 1
Casos presentados ante la Sala IV, 1989-2013



FUENTE: Sección de Estadísticas, Departamento de Planificación, Poder Judicial, 2015. Disponible en <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/estadisticas.htm>

GRÁFICA 2
Tiempo promedio para resolver un recurso de amparo por la Sala IV, 1990-2010



FUENTE: Sección de estadísticas, Departamento de Planificación, Poder Judicial, 2010.

El grado de disposición de la Corte para apoyar y proteger los derechos individuales se documenta en Wilson (2007; 2009; 2011) y Norheim y Wilson (2014); aquí un examen de algunos casos sobre derechos destacados, entre los primeros que se decidieron, proporcionará una clara imagen de la jurisprudencia de la Sala IV con respecto al cumplimiento de los derechos constitucionales de los individuos y de los grupos débiles y marginados. Los críticos del número de casos recibidos por la Corte afirman que “se ocupa de casos de poca importancia”, pero el magistrado Rodolfo Piza Escalante (Méndez, 1999) argumenta que ellos no captan la importancia de la jurisprudencia de la Corte. Señala que en estos casos “todo depende de para quién es importante”. A modo de ejemplo, hace referencia a una de las primeras decisiones de la Corte (resolución 75-89) en favor de don Trino, un humilde vendedor de granizados. En 1989, el ministro para la Seguridad de Óscar Arias (PLN, 1986-1990) argumentaba que don Trino constituía un riesgo para la seguridad si continuaba vendiendo sus productos en su ubicación habitual, cerca al edificio de la Asamblea Legislativa, durante una reunión de jefes de Estado latinoamericanos que se iba a celebrar en un lugar cercano. Pero la Sala IV declaró que don Trino tenía derecho a trabajar sin verse molestado por el Estado, y que debería permitírsele llevar a cabo sus actividades comerciales en su ubicación habitual; para él, “la cosa más importante era comer y llevar el sustento a su familia”. Esta decisión, entre las primeras de la Corte, estableció el tono para muchos casos posteriores que se referían a sectores marginados y débiles de la sociedad que buscaban la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales incluso contra las decisiones de la Rama Ejecutiva del Gobierno.

Las decisiones posteriores incluyeron sentencias a favor de las personas discapacitadas y su derecho de acceso a los edificios públicos y al transporte (resolución 4576-96), y la protección de los prisioneros frente a las penosas condiciones de vida y la sobrepoblación carcelaria (resolución 7484-00). Esas decisiones se cumplieron y produjeron importantes mejoras en las vidas de los demandantes, hubo avances en el acceso de las personas discapacitadas, así como renovación y construcción de nuevas cárceles para reducir la sobrepoblación en ellas (U.S. Department of State 2001). Los homosexuales y otros grupos social y políticamente marginados consiguieron el derecho al reconocimiento legal de sus organizaciones y obtuvieron posteriormente protección frente a la brutalidad policial como resultado de una decisión de la Sala IV (resolución 4732-94). En el mismo sentido, los periodistas y los trabajadores han conseguido decisiones favorables de la Corte que protegen sus derechos económicos: en 1995, la Sala IV declaró que una

licencia obligatoria del Estado para los periodistas era una limitación constitucional de su derecho al trabajo (resolución 2313-95); en 1998, los sindicatos consiguieron el derecho a la huelga (resolución 1317-98), que había estado gravemente restringido por el Estado desde el final de la Guerra Civil en 1949 (Wilson, 2009). En todos esos casos las decisiones de la Corte se aceptaron y los organismos relevantes de Gobierno les dieron cumplimiento, y mejoraron significativamente las vidas de todas las personas en situaciones parecidas, no solo las de los sindicatos o individuos que presentaron las demandas.

La Sala IV no se ha limitado a hacer cumplir únicamente los derechos individuales contenidos de manera explícita en la Constitución. En lugar de eso, la Corte ha interpretado también, en ocasiones, la existencia de nuevos DESC, expandiendo los existentes mediante una combinación de los artículos constitucionales e instrumentos legales internacionales; por ejemplo, creó un nuevo derecho fundamental a la salud, como se analiza más adelante. Desde su creación, la Sala IV ha citado los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, para profundizar el alcance de los derechos constitucionales en la sociedad costarricense. En 1990, por ejemplo, la Corte resolvió el conflicto entre la legislación nacional y la Convención Interamericana de Derechos Humanos en un caso de hábeas corpus (resolución 1990-002 82). La Corte argumentó que los instrumentos internacionales deberían tratarse conforme al artículo 7 de la Constitución, que declara que “los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”. Esta decisión se convirtió en una de las más importantes y se ha usado ampliamente en decisiones posteriores de la Corte, en las que se le ha dado preferencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos frente al derecho costarricense, lo que constituye una clara inversión del enfoque sobre los tratados internacionales de derechos humanos que tenía la Corte Suprema antes de la reforma. Cuatro decisiones posteriores (resoluciones 1992-3435, 1993-5759, 1995-2313 y 2000-9685) se apoyan en el artículo 48 para expandir este importante principio legal y reconocer que los instrumentos internacionales de derechos humanos prevalecen sobre la Constitución en tanto le conceden una mayor protección.⁹

9 El artículo 49 establece: “Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la Repú-

Hacer que las decisiones sobre derechos económicos, sociales y culturales arraiguen

Aunque hay una enorme y creciente cantidad de casos de amparo presentados cada año, solo un número pequeño consigue obtener decisiones favorables de la Sala IV. Incluso si una proporción baja de casos de amparo obtiene decisiones favorables de la Corte, eso da lugar a un gran número absoluto de casos exitosos, dada su multiplicidad. Por ejemplo, en el año 2009 se presentaron casi 19.000 casos ante la Sala IV, de los que el 90 % (17.000) fueron de amparo. El 25 % de esos casos obtuvo decisiones favorables de la Corte, lo que supone aproximadamente unos 4000 demandantes exitosos. El éxito en los casos de amparo, sin embargo, no es uniforme en todas las subcategorías. De hecho, si consideramos la tasa de éxito solo para los casos sobre el derecho a la salud, se muestra que cerca del 60 % fueron exitosos, un porcentaje significativamente superior al promedio de todos los amparos (Doryan Garron, 2008). Hasta hace poco, la cuestión de qué es lo que ocurre una vez que un caso tiene éxito ante la Corte no tenía respuesta. Históricamente, la Corte no recogía datos sistemáticos sobre los niveles de cumplimiento con sus decisiones, lo que llevó al científico político costarricense Vargas Cullel (2010) a concluir que es “posible tener fe en el sistema de administración judicial”, pero lo que pasa después de una sentencia es “en muchos casos [...] un misterio real y, probablemente, una ordalía para muchos, que reciben decisiones favorables pero ineficaces”.

Si bien la Corte carecía de cualquier mecanismo formal para hacerle seguimiento a sus decisiones una vez que se había decidido un caso, parece tener fuertes herramientas para obligar al cumplimiento de sus decisiones, entre las cuales están el poder de revisar el cumplimiento de los casos y el de iniciar procesos judiciales contra los demandados que no acaten las decisiones.¹⁰ También, para inducir el cumplimiento de las decisiones de la Corte, la Sala IV toma decisiones contra demandados específicos, usualmente los funcionarios superiores del organismo administrativo infractor. Si un funcionario no cumple con una orden de la Corte, la Sala IV le ordenará de nuevo al funcionario superior que cumpla. Si sigue sin hacerlo, se presentará una denuncia penal contra él.¹¹ Además, cuando un demandado comete acciones repetidas que

blica. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10” (modificado por la Ley 7128 de 18 de agosto de 1989).

10 Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículos 56 y 71.

11 Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 53. La ley establece la obligación de cumplir con una sentencia sin demora; no obstante, si en 48 horas el demandado no lo ha hecho, la Sala Constitucional ordenará al superior cumplir e iniciará procedimientos disciplinarios para castigar el desacato.

la Corte había determinado previamente que eran inconstitucionales, se aplica otro conjunto de sanciones penales.¹² Pero como ocurre con otros casos de incumplimiento, la Sala IV se apoya en la Fiscalía para iniciar procesos penales ante los tribunales penales inferiores, y usa las normas especiales penales contenidas en la Ley de la Jurisdicción Constitucional para ocuparse de las personas que se niegan a cumplir las órdenes de la Corte o se oponen a ellas.¹³ Los castigos para los demandados encontrados culpables de incumplimiento van de dos a tres años de prisión, o de 20 a 60 días de multa.¹⁴ En el caso de acciones reiteradas que hayan sido previamente declaradas inconstitucionales por la Sala Constitucional, el demandado podría ser sentenciado de seis meses a tres años de prisión.¹⁵

Aunque a menudo se piensa que la Corte no cierra un expediente hasta cuando está satisfecha de que ha habido cumplimiento, la realidad es algo más compleja. Si el demandado se niega a cumplir una orden, el principal mecanismo para alertar a la Corte procede del demandante exitoso insatisfecho. Si la falta de cumplimiento se debe a un problema inherente a la naturaleza de la decisión original de la Corte, esta puede responder a la solicitud de un demandante o de un demandado para revisar su decisión, teniendo en cuenta las dificultades de cumplir con la decisión original. Debería señalarse que los redactores de la LJC dejaron abierta la posibilidad de que la Corte actuara *sua sponte* (a iniciativa propia y de manera independiente con respecto a las partes involucradas) para hacer efectiva la decisión o para garantizar el pleno cumplimiento de la decisión constitucional (véase el art. 12 de la LJC). La Sala IV, por consiguiente, necesita que alguna de las partes le haga saber que hay problemas con respecto al cumplimiento, a menos que sea evidente para la Corte que se necesita modificar su propia decisión con el propósito de cumplir con ella.

En general, sin embargo, es responsabilidad sobre todo del demandante perseguir a los demandados recalcitrantes y solicitar a la Sala Constitucional que los convoque, oiga sus respuestas y decida sobre el incumplimiento de manera sumaria. Si bien esto podría considerarse como un sistema de supervisión efectivo, tal vez sea un método farragoso de responder a los casos de incumplimiento, en especial cuando

12 Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 72.

13 Para otros procedimientos judiciales diferentes a los de la jurisdicción constitucional, véase Código Penal, Ley 4573 del 4 de mayo de 1970, artículo 307, si no hay otra legislación particular aplicable.

14 Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 71.

15 Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 72.

la informalidad judicial y el acceso abierto a la Corte se habían pensado específicamente para permitir que incluso las personas más pobres y marginadas de la sociedad usaran la estructura de oportunidad jurídica otorgada por la Corte. No obstante, Daniel Brinks (2011) adopta una visión más positiva del mecanismo de cumplimiento original y señala que tal vez fue un “buen sistema”, efectivo, que actuó como “una alarma de incendios en lugar de como una patrulla de policía: de manera más eficiente y cuidando a los más directamente afectados”.

En el año 2009, la Sala IV, junto con el Estado de la Nación, una organización de expertos costarricenses, creó un protocolo para seguir lo que ocurría una vez que la Corte dictaba sus decisiones (Gauri, Staton y Vargas, 2015). Debido al gran número de casos y a la escasez de recursos dedicados al estudio,¹⁶ los investigadores decidieron seguir el progreso de los casos exitosos decididos en un periodo de 13 meses, entre el 1 de octubre de 2009 y el 31 octubre 2010, en los cuales se habían dictado órdenes concretas. Durante el periodo cubierto por el estudio se decidieron 20.205 casos, de los cuales 4.333 fueron exitosos para los demandantes cuya sentencia incluyó órdenes concretas. Los investigadores llamaron por teléfono a los demandantes para conocer su opinión acerca de lo que hizo el demandado en respuesta a la orden de la Corte. Si el demandante estaba satisfecho con el nivel de cumplimiento del demandado, los investigadores lo registraban como “decisión cumplida”, pero si no estaban satisfechos, entonces contactaban a los demandados para conseguir una explicación. Los resultados se registraban a continuación y se comunicaban al magistrado a cargo del caso para seguimiento judicial adicional.

Los resultados preliminares revelan que una decisión favorable de la Corte no garantiza el cumplimiento del demandado o que el demandante se beneficiará en la práctica de la decisión. En lugar de eso, el estudio muestra “que los niveles de cumplimiento de las resoluciones de la Sala Constitucional son bajos”, y que muchos demandados no cumplen con las decisiones de la Corte (PEN, 2011, p. 264). Si bien el estudio todavía se está realizando y al momento de escribir este capítulo solo ha verificado los resultados de 2.355 de los 4.333 casos, muestra algunos patrones claros de cumplimiento de las decisiones de la Corte y apunta las condiciones en las cuales los demandantes exitosos tienen mayor probabilidad de que su victoria judicial se haga efectiva. Aunque el estudio no distinguió entre derechos económicos, sociales y

16 En la actualidad, dos miembros de la Sala IV están ocupados en la tarea laboriosa de telefonar a los demandantes y demandados de miles de decisiones judiciales para determinar el nivel de cumplimiento y las razones para el cumplimiento o la falta de él (PEN, 2011, p. 264).

culturales de otros casos, aclara no obstante las condiciones para que arraiguen las decisiones de la Corte.¹⁷ El estudio sobre el cumplimiento divide los casos de la Sala IV por el tipo de demandado y el asunto general objeto de la demanda. Muestra que, en general, “los niveles de cumplimiento de las resoluciones de la Sala Constitucional son bajos, aunque hay diferencias dependiendo de la institución demandada y de los plazos de cumplimiento de la decisión” (PEN, 2011, p. 227).

La naturaleza provisional del estudio sobre cumplimiento de las decisiones de la Sala IV hace que necesariamente cualquier conclusión extraída de los datos sea provisional. Además, tenemos pocas pruebas concretas para explicar la motivación de los demandados en estos casos, pero tal vez es posible sugerir algunas explicaciones razonables para los distintos patrones de cumplimiento que se han observado. En primer lugar, los diferentes niveles de independencia y autonomía constitucionales concedidos a las instituciones y organismos públicos parecen afectar el nivel de cumplimiento de las decisiones de la Corte. Los ministerios del Gobierno, por ejemplo, debido a sus cercanos vínculos políticos y a su papel institucional como parte de la Rama Ejecutiva, gozan de una posición legal más fuerte, más protegida, cuando la Corte toma decisiones contra ellos. Eso puede explicar por qué es menos probable que estas instituciones cumplan con las decisiones de la Corte cuando se compara con instituciones estatales más pequeñas, como las descentralizadas, entre las cuales están las instituciones autónomas y los municipios. También es razonable que las instituciones autónomas y los municipios sean capaces de responder a las órdenes de la Corte más rápidamente que los gobiernos centralizados debido a su tamaño y a su capacidad de utilizar importantes instrumentos legales. Examinaremos ahora dos factores que tienen un considerable efecto en el cumplimiento de las decisiones de la Sala IV: la naturaleza del demandado y los plazos requeridos para el cumplimiento.

Naturaleza del demandado

La tabla 1, que se basa en datos producidos por el estudio de cumplimiento, revela algunas intuiciones cruciales sobre el enigma de cuáles son los demandados que cumplen con las decisiones de la Corte y cuándo lo hacen. Un importante factor con respecto al nivel de cumplimiento depende, en gran parte, de la naturaleza del demandado. Por

17 Gauri, Staton y Vargas (2015, p. 774) concluyen que las “órdenes vagas y las órdenes aprobadas sin plazos definidos de cumplimiento estaban asociadas a retrasos en la implementación”, y que en cuanto fue ampliamente conocido que el tribunal estaba supervisando, por primera vez, el cumplimiento de sus decisiones, el tiempo de implementación se redujo a dos meses.

ejemplo, hay una menor probabilidad de que los organismos públicos centralizados cumplan con las decisiones de la Sala IV. En el periodo cubierto por el estudio, los organismos centralizados (sobre todo los diferentes ministerios) cumplieron con solo el 24 % de las 1.767 decisiones que perdieron en la Sala Constitucional, es decir, no cumplieron con el 76 % de las decisiones.¹⁸ Por tanto, los demandantes que presentaron quejas contra los organismos estatales centralizados podían ganar un caso en la Sala IV, pero era improbable que se beneficiaran del éxito de su demanda.

TABLA I

Cumplimiento de las órdenes de la Sala IV por sectores, I de octubre de 2009 a 31 de octubre de 2010¹⁹

Sector institucional	Cumplidas	No cumplidas	Total
Sector público centralizado	427 24%	1.340 76%	1.767 100%
Sector público descentralizado	370 88%	49 12%	419 100%
Entidades públicas no estatales	3 100%	0 0%	3 100%
Municipios	108 78%	31 22%	139 100%
Organizaciones privadas o personas	23 85%	4 15%	27 100%
Total	931 40%	1.424 60%	2.355 100%

FUENTE: Programa Estado de la Nación, elaborada a partir de la base de datos sobre seguimiento de sentencias, Centro de Jurisprudencia Constitucional, Sala IV.

18 Hace poco, el Ministerio de Educación Pública (MEP), un organismo centralizado del Estado, se dio cuenta de su pobre historia de cumplimiento y decidió informarle voluntariamente a la Corte el cumplimiento de las sentencias de la Sala Constitucional. Esa información se ha añadido a la base de datos sobre cumplimiento de la Sala IV en una nueva categoría, "Cumplimiento no comprobado". Sonia Villegas Grijalba, entrevista con el coordinador del Centro de Jurisprudencia Constitucional, 9 de septiembre de 2011.

19 Notas: estos datos no incluyen las 1.900 sentencias a las que el Centro de Jurisprudencia Constitucional no les ha hecho seguimiento. El sector estatal descentralizado incluye instituciones estatales autónomas, como la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA) y el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). Los sectores estatales centralizados son los ministerios estatales. Las entidades públicas no estatales incluyen las asociaciones profesionales. "Cumplidas" incluye las sentencias clasificadas como tales por el Centro de Jurisprudencia Constitucional. "No cumplidas" incluye todas las sentencias clasificadas como "cumplimiento parcial", "cumplimientos no probados" y "sin respuesta por la entidad recurrida".

En el otro extremo de la escala de cumplimiento se encuentran las instituciones públicas descentralizadas, que cumplen con las decisiones de la Sala IV en el 88 % de los casos que pierden. En el mismo sentido, los individuos y las organizaciones particulares tienen una tasa de cumplimiento relativamente alta de las decisiones de la Corte (85 % de las veces), como también la tienen los gobiernos municipales del país, que cumplen casi en el 78 % de los casos en los que reciben decisiones negativas (108 de 130).²⁰

Tiempo concedido para el cumplimiento

Otro factor importante que afecta los niveles de cumplimiento de los demandados es el lapso concedido por la Sala IV para cumplir con sus decisiones. La tabla 2 muestra que la tasa de cumplimiento general es del 40 %, pero esa cifra, no obstante, oculta alguna variación significativa en las tasas de cumplimiento dependiendo del plazo concedido por la Corte; se acatan cerca de 94 % de todos los casos que contenían una orden de cumplimiento inmediato, la tasa es de 39% con respecto a las decisiones que permitían más de un mes para el cumplimiento, y cae hasta 25 % para los casos en los que las decisiones indicaban más de un mes y hasta un año. Para las decisiones que no especificaban un plazo, las tasas de cumplimiento eran aproximadamente igual de bajas, un 27 %.²¹ Por consiguiente, la tabla 2 ilustra que hay una probabilidad significativamente mayor de que se cumplan las decisiones en las que se ordena la ejecución inmediata de la orden de la Corte en relación con otras órdenes que permiten un plazo más relajado o no establecen plazo alguno.

TABLA 2

Cumplimiento de las órdenes de la Sala IV en función del tiempo, 1 de octubre de 2009 a 31 octubre 2010

Naturaleza de la decisión	Cumplida	No cumplida	Total
Inmediatamente	289 94%	17 6%	306 100%
Antes de un mes	275 39%	423 61%	698 100%

20 Las asociaciones profesionales reportan haber cumplido un ciento por ciento, pero ese porcentaje está basado en solo tres casos en los que fueron demandados y tuvieron sentencias en su contra durante el periodo del estudio.

21 La escasez de casos en el periodo intermedio requiere que se combinen en una única categoría de “entre más de un mes y más de un año”.

Naturaleza de la decisión	Cumplida	No cumplida	Total
Entre más de un mes y más de un año	39 25%	118 75%	157 100%
Sin límite de tiempo	327 27%	866 73%	1.193 100%
Total	930 40%	1.424 60%	2.354 100%

FUENTE: Programa Estado de la Nación, elaborada a partir de la base de datos sobre seguimiento de sentencias, Centro de Jurisprudencia Constitucional, Sala IV.

Debido a la naturaleza preliminar del estudio sobre cumplimiento de las decisiones de la Sala IV, todavía no es claro si el plazo asignado para cumplir con las decisiones de la Corte es, en sí mismo, el factor decisivo del incumplimiento, o si es la complejidad y la naturaleza de la orden que se va a ejecutar lo que hace que el tribunal ofrezca mayores plazos que fomentan el incumplimiento. Por ejemplo, un caso sobre derecho a la salud que, a partir de una decisión de la Corte, requiere una acción inmediata para mantener a un paciente vivo, probablemente se cumplirá con rapidez y en su totalidad. Por otro lado, las decisiones que requieren la construcción de infraestructuras públicas (nuevas farolas, reformar edificios para facilitar el acceso a los discapacitados, etc.) o exigen tiempo para planeación, audiencias públicas, permisos, preparación de ubicaciones y ejecución, podrían ofrecer una explicación razonable para la falta de cumplimiento de la orden de la Corte.

Lo que sí sabemos es que se tiende a conceder menos tiempo a las instituciones descentralizadas para cumplir con las decisiones de la Corte; “las órdenes inmediatas de ejecución” suponen el 40 % de todas las decisiones que afectan a ese sector; otro 25 % concede hasta un mes y solo unas pocas decisiones (menos del 5 %) se sitúan en el rango del plazo medio de “entre un mes y más de un año”, mientras que en el resto de decisiones no se especifica un plazo. Las decisiones contra las instituciones centralizadas como demandadas raramente ordenan acciones inmediatas (4,4 % del total) pero con frecuencia exigen cumplimiento en el plazo de un mes (33 %). La mayoría de las decisiones, sin embargo, no incluyen plazos para cumplir las órdenes de la Corte. Se observan patrones similares con respecto a la indeterminación del plazo para cumplir con las decisiones de la Corte en sentencias contra entidades públicas no estatales (56 %) y municipios (45 %). La inmensa mayoría de decisiones contra individuos u organizaciones particulares (cerca del 70 %) no tienen un plazo específico de cumplimiento.

Los datos presentados, entonces, muestran una imagen clara de cuándo se cumplen las decisiones de la Sala IV. Sin necesidad de conocer la naturaleza del caso o los costos probables del cumplimiento de la sentencia, o el grado de apoyo que recibe el demandante de grupos sociales, es posible predecir con un nivel de precisión bastante alto si una reclamación que ha tenido éxito se cumplirá o no. Los dos principales elementos son la naturaleza de la institución demandada y el tiempo concedido al demandado para cumplir con la decisión. Por tanto, una decisión de la Sala IV que contiene una orden de aplicación inmediata, dictada contra un organismo estatal descentralizado, tiene una probabilidad muy alta de cumplimiento. Por otro lado, es improbable que se cumpla una decisión contra un organismo estatal centralizado con un requisito de plazo medio.²²

Cuando los derechos económicos, sociales y culturales no arraigan

Antes de examinar las condiciones en las que se cumplen los DESC demandados con éxito, es útil analizar resumidamente una clase de casos en los que los demandados no cumplen con la decisión de la Corte. Es el caso del derecho de los empleados a recibir un pago oportuno por razón de despido —establecido constitucionalmente—, que ha sido protegido de manera reiterada en numerosas decisiones de la Sala IV, pero que sigue siendo vulnerado con frecuencia. Esta clase de casos ayuda a ilustrar en qué condiciones son difíciles de hacer cumplir las decisiones de la Sala IV que protegen los derechos económicos, sociales y culturales.

El artículo 56 de la Constitución²³ requiere que el Estado garantice de manera activa que todas las formas de trabajo sean legales y se remuneren de forma apropiada, que proteja la libertad de elección de empleo de los trabajadores y que haga cumplir la prohibición de la esclavitud y de cualquier otra forma de trabajo que socave la dignidad

22 La Sala IV pondera en sus sentencias todas las circunstancias relevantes de un caso específico, incluida la facilidad con la que el demandado podría cumplir realmente la sentencia. Además, la Corte tiene que establecer la naturaleza y la factibilidad de una sentencia para que se cumpla en circunstancias concretas, con el fin de proteger un derecho fundamental individual.

23 Constitución de la República de Costa Rica (1949), artículo 56. “El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo”.

humana. Un aspecto de la legislación laboral²⁴ que se ha presentado en reiteradas ocasiones a la atención de la Corte se refiere al derecho de los trabajadores a obtener indemnizaciones por despido. Si un empleado despide unilateralmente a un trabajador sin justa causa, el trabajador tiene derecho a obtener una indemnización plena por despido. Sí, por otro lado, se despide al trabajador por razones justificadas, el trabajador no tiene derecho a obtener dicha indemnización. Dada la naturaleza idiosincrática del despido de un trabajador individual, la aplicación general de la jurisprudencia es más difícil. Además, puesto que hay diversos empleadores, incluso en el sector estatal, y muchas personas involucradas en la gestión de las indemnizaciones de despido, puede ser más difícil evitar la violación de los derechos.

Durante los años noventa, y luego durante la década del 2000, la Sala IV argumentó de forma reiterada que debe pagarse una indemnización por desempleo, en un plazo razonable, a los trabajadores despedidos, y que los retrasos excesivos se consideran inconstitucionales. A pesar de la consistencia de la jurisprudencia de la Corte sobre la cuestión de los retrasos en los pagos de las indemnizaciones por despido, sigue presentándose un número significativo de casos muy parecidos en trabajadores públicos, lo que sugiere que las autoridades públicas no reconocen ese específico derecho económico y social. Incluso hoy hay muchos casos y reclamaciones contra las entidades públicas, el Gobierno central, los organismos descentralizados y los municipios que han infringido, de una forma u otra, esta norma y la doctrina de la Sala Constitucional.²⁵

A título de ejemplo, en 1996 un oficial de policía fue despedido del Ministerio de Seguridad Pública, un organismo estatal centralizado. Después de pasados varios meses sin recibir su indemnización por despido, presentó el caso ante la Sala IV. La Corte decidió a su favor (resolución 1997-0942) y estableció que el papel del Estado era proteger la libertad y la dignidad humana del policía y no socavarlas. La Corte ordenó al Ministerio pagar la indemnización en un plazo oportuno, sin vulnerar la dignidad humana y el derecho universal a la vida humana del expolicía. Lo que es interesante en este caso es que la Corte había recibido antes varios casos parecidos,²⁶ en una serie de reclamaciones

24 Código de Trabajo (1949), artículos 28, 29, 31.

25 Véanse, por ejemplo, las resoluciones 2011-2896; 2011-2813; 2011-1754; 2011-1751, decididas en contra del Ministerio de Educación; resolución 2011-1901 contra el Ministerio de Ambiente y Energía (Minaet); resoluciones 2010-16305 y 2011-2909 contra el CCSS; resolución 2011-2916 contra el municipio de Moravia.

26 SCCSJ, 1 de marzo de 1996, SCIJ, 1996-01064 (Costa Rica); SCCSJ, 27 de

procedentes de trabajadores públicos que habían sido despedidos como parte de una política de reducción del empleo público en la administración estatal. El Estado ofreció a los trabajadores pagos extraordinarios, beneficios e indemnizaciones por renunciar voluntariamente al empleo público, pero solo hizo efectivos esos pagos tras un considerable retraso y un tortuoso procedimiento de reclamación.

En estos casos de indemnizaciones por despido, la jurisprudencia de la Corte tiene efectos *erga omnes* y ha reiterado que los organismos centralizados y descentralizados deben llevar a cabo sus actuaciones evitando violaciones de los derechos constitucionales (de sus empleados y del público en general). Sin embargo, los organismos demandados tienden a no refrenar su comportamiento contrario a la Constitución hasta que un demandante presenta un caso ante la Corte y los responsables de esos organismos son amenazados con sanciones penales. Aunque carecemos de información suficiente para extraer conclusiones generales relativas al grado en el que las instituciones gubernamentales siguen la doctrina de la Sala Constitucional, es evidente que algunos organismos públicos siguen las decisiones de la Corte solo después de que ha habido una advertencia específica dirigida a ellos para que cumplan, y que lo hacen caso por caso, en lugar de aplicar de forma general la decisión de la Corte.²⁷ En casos como estos parece que las decisiones claras de la Corte sobre la constitucionalidad del pago oportuno de las indemnizaciones por desempleo no modifican el comportamiento de los empleadores, públicos y privados, hasta que se presenta un caso específico ante la Corte. Si la Corte decide en favor del demandante, se tiende a cumplir la decisión.

Cuando las decisiones sobre derechos económicos, sociales y culturales arraigan

Esta sección analiza algunos casos ilustrativos de DESC que obtuvieron decisiones favorables de la Sala IV, y en los que el demandado cumplió con la orden de la Corte en un plazo apropiado. Nuestro motivo

septiembre de 1995, SCIJ, 1995-05312 (Costa Rica). Estos casos fueron citados en el caso 1997-0942.

27 En estos casos de despido improcedente hay dos clases de resoluciones, unas en las que el demandado cumple (satisface la petición de los demandantes) una vez que comienza el proceso de amparo, lo que da lugar a una decisión que le concede al demandante los daños causados; cuando eso no pasa, la Sala IV ordena al demandado el pago inmediato de la indemnización por despido improcedente (y daños), y da quince días para cumplir con la sentencia. Véanse, por ejemplo, las recientes decisiones de la Sala IV: 2011-2896, 2011-2813, 2011-1901, 2011-1754 y 2011-1751.

para seleccionar casos que afectan a algunos de los grupos sociales más débiles, más marginados socialmente y con menos poder político es destacar la repercusión profunda de las decisiones de la Corte sobre DESC, e ilustrar la facilidad de acceso a la misma. Si los grupos más débiles de la sociedad son capaces de canalizar los poderes de la Corte para proteger sus derechos constitucionales, es lógico pensar que los sectores más privilegiados de la sociedad pueden buscar su protección de una forma parecida.

Uno de los primeros ejemplos fue una decisión sobre derechos económicos, sociales y culturales que dictó esta Corporación en su primer año de existencia, la cual impuso obligaciones positivas al Estado y tuvo una considerable repercusión tanto en los demandantes individuales como en un grupo más amplio de personas. La Sala IV ordenó poner fin a años de prácticas discriminatorias y de negación de los derechos laborales de las personas ciegas por los organismos del Estado (resolución 1990-0567). El caso ilustra la capacidad que tienen las sentencias de un tribunal superior de incidir fuertemente en las vidas de los demandantes, y cómo su cumplimiento produce efectos que van más allá de lo que hubiera sido posible mediante la promulgación de una ley por la Asamblea Legislativa. Muestra además la importancia de una nueva y más accesible estructura de oportunidad jurídica para los grupos e individuos débiles, marginados y poco organizados. Una Ley de 1957 había aclarado cuáles eran las obligaciones jurídicas del Estado con los empleados ciegos y especificó las medidas necesarias para eliminar las barreras que les impedían el progreso en sus carreras profesionales. Sin embargo, esta ley fue una medida poco eficaz;²⁸ los organismos estatales hicieron muy pocos esfuerzos para hacerla cumplir, y los empeños de la oficina de servicio civil y de la Comisión tampoco resolvieron el problema. El resultado fue que las personas con problemas de vista no pudieron presentar de manera efectiva y práctica los exámenes necesarios para progresar en su carrera profesional en igualdad de condiciones que sus colegas sin impedimentos visuales.

La decisión de la Sala Constitucional abrió nuevas oportunidades para que las personas ciegas pudieran tener carreras profesionales en la administración pública, al obligar a los organismos del Estado a que proporcionaran versiones en Braille de los exámenes de ascenso, que hoy suelen estar disponibles para las personas ciegas que quieran avanzar en sus carreras profesionales (resolución DG-234-2008). La decisión de la Corte, no obstante, tuvo una repercusión mucho más amplia. En

28 Ley del Patronato de Ciegos, artículo 20, Ley 2171 del 30 de octubre de 1957 (Costa Rica).

los años siguientes, la Dirección General del Servicio Civil adoptó el espíritu de la decisión de la Corte y contrató personas con discapacidades para cubrir el 5 % de todos los cargos vacantes (hasta que llegaron a constituir el 2 % de todos los empleos en el Gobierno central). Esta decisión abrió el número de empleos disponibles para las personas con discapacidades y sus oportunidades de promoción profesional, y llevó a la incorporación habitual de los instrumentos internacionales en los procesos de la Dirección General del Servicio Civil, como la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidades;²⁹ el Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),³⁰ y la Ley 7600 sobre Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.³¹

Los sindicatos costarricenses, aunque no han estado socialmente marginados, son otro grupo que ha luchado en el campo político durante muchos años, sin éxito, para anular las leyes antisindicales que limitan gravemente los DESC de sus miembros. Una vez que se creó la Sala IV, los trabajadores organizados cambiaron su estrategia y buscaron recurrir el poder de la Corte para imponer al Estado obligaciones negativas a fin de proteger los derechos de sus miembros. Así, en un caso los sindicatos buscaron denunciar ante la Corte las leyes que regulaban las relaciones laborales en Costa Rica; estas leyes laborales se fundaban en el Código del Trabajo de 1943 y la Ley 2 del 29 de agosto de 1943 (Código Laboral), que contenían disposiciones pensadas, en parte, para debilitar el poder económico y político de los trabajadores organizados, en especial el de los sindicatos del sector público (Wilson, 1998, pp. 69-70), objeto principal de esos procesos. Por ejemplo, si bien la Constitución contiene un “derecho a la huelga” (art. 61), ese derecho se había concedido a lo largo de la historia solo a los trabajadores del sector privado, conforme al Código Laboral.³² Un ejemplo adicional fue

29 Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Ley 7948 de 22 de noviembre de 1999 (Costa Rica).

30 Convención sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas de la OIT, Ley 7219 de 18 de abril de 1991 (Costa Rica)

31 Ley de igualdad de oportunidades para las Personas con Discapacidad, Ley 7600 de 2 de mayo de 1996 (Costa Rica).

32 Código de Trabajo, Ley 2 de 29 de agosto de 1943 (Costa Rica). El artículo 61 de la Constitución costarricense declara: “Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de estos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia”.

el artículo 376 del Código Laboral, que usaba una definición muy general de “trabajador público” para incluir a la inmensa mayoría de la fuerza de trabajo y eliminar en la práctica el derecho a la huelga constitucionalmente protegido de más del 60 % de la fuerza total de trabajo (Villalobos, 1998). Ese fue un debilitamiento claro y significativo de la capacidad de los sindicatos de amenazar con acciones de huelga o de emplearlas como parte de su estrategia de negociación.

En una decisión de 1998, la Sala IV decidió en favor de cuatro sindicatos del sector público y determinó que la definición de “empleado público” del Código Laboral era demasiado amplia y, en consecuencia, era inconstitucional (resolución 1317-98).³³ Eso restauró de forma automática el derecho a la huelga no solo para los miembros de los cuatro sindicatos que presentaron el caso, sino también para la inmensa mayoría de los empleados públicos, con lo que, en esencia, se fortaleció su poder de negociación (Villalobos, 1998). Desde esa sentencia solo se ha usado una definición muy restringida de “empleados del sector público” para determinar la legalidad de las acciones huelguistas de los sindicatos.

Este caso y otros que requerían que el Estado adoptara nuevas reglas y códigos para mejorar los derechos económicos, sociales y culturales, o para detener acciones contrarias a la aplicación de esos derechos, tienden a ser relativamente fáciles de cumplir puesto que las órdenes de la Corte son claras y específicas, y el costo de cumplimiento bajo. Sin embargo, la repercusión de estas acciones, con costos relativamente bajos de cumplimiento, ha implicado profundas consecuencias en la situación de los demandantes y en la sociedad en general. En las decisiones de los códigos laborales, citadas previamente, no solo se beneficiaron los cuatro sindicatos públicos que presentaron el caso, sino todos los sindicatos y sus miembros.

Igualdad de género

Como consecuencia de una sentencia de la Sala IV, la igualdad de género en Costa Rica está hoy cerca de ser realidad. Una de las primeras decisiones de la Corte sobre naturalización (resolución 1992-3435) es otro ejemplo importante de organismos públicos que cumplen usualmente con las decisiones de la Sala Constitucional. Antes de la decisión de la Corte de 1992, el artículo 14.5 de la Constitución permitía únicamente la naturalización de las esposas extranjeras de los hombres costarricenses; los esposos extranjeros de las mujeres costarricenses no

33 Artículos 376a, 376b, 376e, y artículo 389, parágrafo 2, del Código de Trabajo.

tenían un derecho paralelo a la naturalización. El anterior artículo 14.5 de la Constitución, hoy derogado, declaraba que era costarricense por naturalización: “La mujer extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricense, y habiendo residido en el país durante ese mismo periodo, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense”.³⁴

La Corte consideró esta limitación discriminatoria y decidió que todos los esposos nacidos en el extranjero, con independencia del género, deberían ser tratados de igual manera en el proceso de naturalización. Como respuesta, el Registro Civil, organismo público responsable de procesar las solicitudes de naturalización, dependiente del Tribunal Supremo de Elecciones, cumplió inmediatamente con la orden de la Corte e introdujo la igualdad de género en el proceso de naturalización, con lo que benefició positivamente a miles de parejas en las que un esposo tenía nacionalidad extranjera al hacer a estos elegibles para adquirir la nacionalidad costarricense, con independencia de su género. Si bien la sentencia tuvo efectos inmediatos, le tomó a la Asamblea Legislativa siete años aprobar la Ley 7879 que eliminaba la redacción discriminatoria identificada por la Sala Constitucional.³⁵

La imposición de obligaciones al Estado

Los casos sobre derechos a la salud son cualitativamente diferentes de los casos de cumplimiento de DESC ya analizados, puesto que en los primeros se imponen obligaciones positivas, muy costosas, al Estado. En los casos exitosos de derechos a la salud, la orden dictada por la Corte requiere que el demandado corrija una violación constitucional. Sin embargo, a diferencia de los casos que produjeron cambios en las normas administrativas, la imposición de obligaciones positivas casi siempre requiere acciones y gastos importantes por parte del Estado. En estos casos, la Corte se sitúa en el centro de un complejo proceso de adopción de decisiones presupuestales.

El crecimiento enorme de casos exitosos sobre derecho de salud fue en cierta forma inesperado en Costa Rica, porque la Constitución de 1949, a diferencia de muchas otras constituciones latinoamericanas,

34 Constitución de Costa Rica, artículo 14.5, 1949.

35 Reforma del inciso 5) del artículo 14 de la Constitución, Ley 7879 del 27 de mayo de 1999, publicada en *La Gaceta* 118 del 18 de junio de 1999 (Costa Rica). La sección relevante sobre naturalización del artículo 14 dice lo siguiente: “Las personas extranjeras que al casarse con costarricenses pierdan su nacionalidad o que luego de haber estado casadas dos años con costarricenses, y de residir por ese mismo periodo en el país, manifiesten su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense” (véase <http://www.tse.go.cr/servicio30.htm>).

no contiene un derecho fundamental a la salud.³⁶ Lo que ocurrió es que la Corte, a lo largo de los años, fue configurando³⁷ un derecho a la salud (Wilson, 2011, pp. 141-145; Norheim y Wilson, 2014) basándose en los artículos 21 y 73 de la Constitución, que se referían respectivamente a la protección de la vida humana³⁸ y el derecho a la protección de la seguridad social,³⁹ y en varios instrumentos internacionales de derechos humanos,⁴⁰ como la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁴¹ la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,⁴² la Convención Americana de Derechos Humanos⁴³ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴⁴ Según el magistrado Cruz Castro (2007, p. 506), los magistrados de la Sala IV trataron estos instrumentos internacionales como si tuvieran “un valor casi supraconstitucional”.⁴⁵

Cuando la Corte identificó la existencia de un derecho constitucional a la salud, lo trató como un “derecho cualificado”, y cuando tomó decisiones le dio un peso considerable a los costos económicos

36 Aunque en Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Nicaragua y Venezuela, por ejemplo, contienen un derecho constitucional explícito a la salud (Brewer-Carías, 2009), esos derechos no siempre son exigibles judicialmente.

37 El magistrado Solano (2007, pp. 141-44) detalla cómo la Corte ha creado por vía de interpretación el derecho a la salud.

38 El artículo 21 de la Constitución declara que “La vida humana es inviolable”; estuvo inspirado en el deseo de prohibir la pena de muerte.

39 Artículo 73: “Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a estos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine”.

40 Solano (2007, pp. 142-43); Vargas (2010, p. 150). El artículo 48 les da a los instrumentos internacionales de derechos humanos la misma fuerza que la Constitución nacional.

41 Declaración Universal de Derechos Humanos, GA, Res. 217A (III), UN Doc A/810, p. 71 (1948).

42 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OAS, Res. XXX, adoptada por la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (1948), reimpressa en Documentos Básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 17 (1992).

43 Convención Americana de Derechos Humanos, OAS Treaty, Series No. 36, 1144 UNTS 123, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, reimpressa en Documentos Básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1, p. 25 (1992). Ley 4534 de febrero de 23 de 1970 (Costa Rica).

44 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, GA Res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR, Supp. No. 16 a 52, UN Doc. A/6316 (1966), 999 UNTS 171, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Ley 4229 de 11 de diciembre de 1968 (Costa Rica).

45 El magistrado Gilbert Armijo (2003) analiza el papel de los instrumentos de derechos humanos en la jurisprudencia sobre DESC de la Sala IV.

del tratamiento médico que solicitaba el demandante. Por ejemplo, en 1992, la Corte rechazó la solicitud de un demandante para que el Estado financiara un medicamento antirretroviral, la azidothymidina. La Corte argumentó que el costo de proporcionar ese medicamento supondría “un gran sacrificio para [el sistema de] la medicina socializada”, y que la medicación no era una cura para el VIH-sida (resolución 280-92). Sin embargo, a finales de la década de los noventa, la Corte había aclarado gradualmente su visión sobre los derechos a la salud y rechazó en última instancia los argumentos de costos como limitación legítima de ese derecho. En consecuencia, en una decisión histórica sobre un caso de medicación para el sida que revirtió la decisión de la Corte de 1992, razonó lo siguiente: “¿De qué sirven el resto de derechos y garantías [...] las ventajas y beneficios de nuestro sistema de libertades, si la persona no puede contar con que se garantice el derecho a la vida y la salud?” (resolución 5934-97). La Corte señaló después que es evidente la relación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud, ya que este último tiene el propósito de garantizar la vida (resolución 2004-07026).

Este caso concreto es significativo puesto que rechazó categóricamente los argumentos económicos del organismo de salud financiado por el Estado, y declaró que la Caja Costarricense de Seguro Social no podía rechazar los medicamentos prescritos a un paciente por su médico por “razones eminentemente económicas”, sino que era “una obligación innegable” proporcionar esos medicamentos (resolución 00043-07). Por consiguiente, la Corte mostró su disposición a imponer obligaciones positivas al Estado en apoyo de los derechos a la salud. Este caso es también interesante puesto que es un caso de derechos económicos, sociales y culturales que arraigó y estableció un firme precedente para casos futuros. Lo que es más destacable, la Caja Costarricense de Seguro Social no se demoró en cumplir la decisión ni efectuó una interpretación restrictiva de la sentencia de 1997, sino que le dio una interpretación amplia y suministró subsecuentemente medicamentos antirretrovirales a todas las personas que padecían sida y tenían una receta prescrita por un médico de la Caja. Dos años después de la sentencia, el costo de proporcionar medicamentos antirretrovirales a 680 pacientes que sufrían de VIH-sida consumía el 11 % del presupuesto médico total de la Caja (La Nación, 1999).⁴⁶

46 Los costos iniciales de los medicamentos se redujeron en los años posteriores, así como su porcentaje en el presupuesto de medicamentos de la Caja, a menos de 10 % en el 2000 y al 5,4 % en 2002 (citado en Rodríguez Herrera, 2005, p. 25).

Lo que es también sorprendente es que aun cuando la Caja Costarricense de Seguro Social había argumentado durante gran parte de los años noventa que los medicamentos eran caros, ineficaces y no deberían ser parte de la lista de la Caja, una vez que se decidió el caso de 1997, el organismo universalizó de manera inmediata la cobertura y cubrió el mayor porcentaje de pacientes con sida en las Américas.⁴⁷ Esta decisión arraigó de forma inmediata y se expandió a todas las personas que parecían sida, un grupo muy marginado, socialmente no aceptado y desorganizado, y, al mismo tiempo, impuso elevados costos a un demandado reticente. Los efectos de esta decisión fueron destacables y rápidos; las tasas de morbilidad para las personas con sida declinaron significativamente después de la decisión de 1997, con lo que se revirtió la tendencia de los años ochenta y noventa (Wilson, 2011).

Desde la decisión de 1997, los argumentos judiciales sobre derecho a la salud de la Corte se han usado con éxito para exigir ante los tribunales el acceso a medicamentos costosos para otras enfermedades crónicas, que la Caja Costarricense de Seguro Social se había negado usualmente a proporcionar por razones de costos. Por ejemplo, poco después de la decisión sobre el VIH-sida, 32 pacientes con esclerosis múltiple y 19 con esclerosis lateral amiotrófica ganaron casos que terminaron absorbiendo entre el 1 y el 0,4 % del presupuesto médico de la Caja (La Nación, 1999). Mientras que el cumplimiento en los casos mencionados podría explicarse en la naturaleza individual de las reclamaciones, las decisiones de la Corte, aunque fueran dirigidas a las partes del caso, han tenido a menudo efectos *erga omnes*. El caso sobre VIH-sida se decidió inicialmente para ofrecer una solución a pacientes individuales, pero pronto se extendió a todas las personas en situación parecida. Cuando la Corte dicta decisiones sobre derechos de salud para una clase de personas, el resultado con respecto al cumplimiento es el mismo. Por ejemplo, en el año 2009, la Corte tomó una decisión (resolución 2009-8339) contra la Caja Social y ordenó que se ofrecieran vacunas contra el neumococo a todas las personas mayores de 65 años (Oviedo, 2009), lo que tuvo un costo total de 8 millones de dólares (Ávalos, 2008).

A pesar de las quejas y de las objeciones de los directores de la Caja Costarricense de Seguro Social a las decisiones médicas de la Sala IV, la Caja tiene una de las tasas de cumplimiento más altas de las decisiones de la Sala Constitucional. La modificación con respecto al tratamiento de radioterapia y el acelerador lineal es un ejemplo extraordinario,

47 Chile, con el 82 %, tiene el segundo nivel más alto de cobertura, mientras que los vecinos centroamericanos de Costa Rica son muy débiles (Avert, 2009).

pero es posible demostrar esa tendencia de manera general. El personal de la Corte ha podido verificar el resultado en 617 de los 665 casos en los que la Sala IV dictó decisiones en contra de la Caja Costarricense de Seguro Social.⁴⁸ De estos 617 casos, la Caja ha cumplido con 607 (98 %) de las decisiones, mientras que solo en menos del 2 % de los casos no lo ha hecho. El rápido cumplimiento de las decisiones sobre derechos de salud que ha hecho la Caja se ajusta al patrón general observado para todas las tasas de cumplimiento analizadas: es un organismo del Estado descentralizado y la mayoría de las decisiones sobre derechos a la salud de la Corte contienen requisitos para que se tomen acciones inmediatas por parte del organismo.

Conclusiones

Desde su creación en 1989, la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense ha tomado más de 230.000 decisiones. De esos casos, aproximadamente el 90 % son recursos de amparo, muchos de los cuales implican cuestiones constitucionales relativas a los DESC, lo que implica una exitosa judicialización de las cuestiones que atañen a estos derechos. Sin embargo, este gran número de casos solo nos cuenta parte de la historia. En primer lugar, apenas un pequeño porcentaje de ellos (en torno al 25 %) tienen éxito en los procesos ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema, y la gran mayoría fracasa. En segundo lugar, incluso cuando se tenga éxito en el proceso judicial, no existe garantía de que el demandado cumpla con la decisión de la Corte. De hecho, el reciente estudio patrocinado por la Corte revela que solo un pequeño porcentaje de las órdenes de la Corte se cumplen en la práctica. Estas conclusiones parecen apoyar un gran conjunto de obras que rechaza la posibilidad de que las decisiones judiciales por sí mismas puedan transformar las sociedades y reforzar los derechos individuales y colectivos. Si bien Rosenberg (1991; 2008) sostiene que los tribunales son incapaces de introducir cambios sociales significativos, Epp (1998) señala que el cambio social significativo a partir de decisiones de los tribunales es posible, pero solo si hay otras precondiciones presentes, tales como activistas bien organizados y financiados. Ninguna de esas precondiciones existe en Costa Rica.

Sin embargo, en contra de las expectativas de Epp y Rosenberg, hay pruebas claras, algunas de las cuales se han presentado en este capítulo, que muestran cómo en Costa Rica ha sido posible introducir

48 No existen datos para aproximadamente el 8 % de los casos (48), puesto que su situación no había sido verificada en el momento en el que se publicaron los datos sobre cumplimiento.

cambios profundos con respecto a derechos económicos, sociales y culturales específicos como resultado del cumplimiento efectivo de las decisiones de la Corte. De hecho, las pruebas sugieren también la posibilidad de cumplimiento de las decisiones de la Corte sobre DESC, incluso en ausencia de acción colectiva o de movimientos sociales bien financiados que estén dispuestos y sean capaces de financiar procesos judiciales para defender esos derechos. Hemos argumentado que es la apertura democrática de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica la que reduce la necesidad de contar con grupos de apoyo bien financiados para impulsar la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema de la Corte Suprema. El argumento de Epp de que las organizaciones de la sociedad civil son agentes cruciales para obligar a los organismos estatales a que cumplan con las decisiones judiciales sobre derechos económicos, sociales y culturales recibe el apoyo de algunos de los estudios de caso de este libro, pero no ha sido una parte central de la explicación de los casos registrados en Costa Rica. Es muy posible, aunque no se pueda comprobar, que un número significativo de decisiones no cumplidas de la Corte Suprema hubieran tenido un resultado diferente de haber existido movimientos sociales bien organizados y financiados en Costa Rica.

Las órdenes de la Corte sobre igualdad de género o la protección de los derechos de los homosexuales podrían parecer bastante directas e involucrar costos de cumplimiento bajos para el Estado, a diferencia de los casos sobre medicamentos, que involucran frecuentemente a pequeños grupos de personas, sin poder político, que requieren tratamientos o prescripciones médicas muy costosas, ordenados por la Corte. Sin embargo, puesto que se observa cumplimiento en las decisiones que afectan esos grupos, se puede excluir la carga financiera para el Estado como una de las principales variables explicativas.

Por tanto, la conclusión de Daniel Brinks en su capítulo de que “cuando los beneficiarios son un individuo o unos pocos individuos, pueden ejercer muy poca presión política, y en consecuencia el cumplimiento es débil, aun cuando el costo general del cumplimiento sea bajo”, tiene intuitivamente sentido y puede explicar la decisión original de 1992 sobre VIH-sida tomada por la Corte Suprema, en la que se le negó acceso a medicamentos antirretrovirales a un pequeño número de pacientes con sida, marginados política y socialmente, alegando sobre todo razones de costos. No obstante, esa justificación no explicaría el éxito del caso sobre VIH-sida de 1997. En los casos sobre derechos médicos, la jurisprudencia de la Corte se hizo cada vez más clara con el transcurso de los años, y los niveles de cumplimiento se vieron reforzados por la inmediatez exigida en las decisiones de la Corte y el

hecho de que las instituciones demandadas eran centralizadas. Estos dos factores, la inmediatez exigida por la decisión y la naturaleza de la institución, se identificaron, en un estudio sobre cumplimiento de las decisiones de la Corte, como los elementos más fuertes para predecir el acatamiento de las decisiones por parte de los demandados. Si bien la relación entre estos dos factores y la probabilidad de cumplimiento es muy alta, la falta de información con respecto a la naturaleza de los casos individuales decididos nos impide extraer explicaciones más concretas o aclarar la dirección de la causalidad. Una explicación razonable es que los casos que tienden a perder los organismos estatales descentralizados son generalmente aquellos que contienen órdenes que implican la aplicación inmediata de la decisión. Allí, la inmediatez con respecto al cumplimiento de la sentencia proporciona un peso adicional a la hora de explicar la variación en el cumplimiento con las decisiones de la Corte.

En resumen, las pruebas iniciales sugieren que en el caso costarricense, que se caracteriza por el acceso abierto a la Corte y una abundancia de sentencias, los recursos materiales y de otra clase que presentan las demandas son menos cruciales que en otros lugares. En lugar de eso, parece que las condiciones en torno a la realización efectiva de las sentencias, en particular sobre con cuánta rapidez tiene que cumplirse la decisión y por quién, tienen una mayor relevancia. Cuando las sentencias tienen que cumplirse con cierta inmediatez, la tasa de cumplimiento parece ser significativamente mayor. Estas conclusiones iniciales proporcionan una base sólida para interpretar las tasas de cumplimiento y se prestan a comprobaciones adicionales y a su perfeccionamiento cuando haya más datos disponibles.

Referencias

- Armijo, G. (2003). La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica. *Revista Ius et Praxis*, 9 (1), 39-62.
- Ávalos, Á. (2005). Costosa oleada de amparos. *La Nación*. Recuperado de <http://www.nacion.com>.
- Ávalos, Á. (2008). Sala IV ordena vacunar contra neumococo y rotavirus. *La Nación*. Recuperado de <http://www.nacion.com>.
- Avert (2009). HIV and AIDS in Latin America. Recuperado de <http://www.avert.org>.
- Brewer-Carías, A. R. (2009). *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of Amparo Proceedings*. New York: Cambridge University Press.
- Brinks, D. (2011). Rights for the rich, privation for the poor? The distributive impact of litigating social and economic rights.

Documento presentado en la conferencia *The Judicialization of Politics from International and Comparative Perspectives* en el International Political Science Association, Universidad de California en Irvine, julio de 2011.

Castillo Viquez, F. y Sansonetti H., G. (s.f.). Ley de la jurisdicción constitucional (manuscrito no publicado).

Constitución de la República de Costa Rica (1949). Recuperado de <http://www.costaricalaw.com/>

Corte Suprema de Justicia-Sala Constitucional (1999). *Reseña histórica*. Recuperado de <http://www.poder-judicial.go.cr>

Cruz Castro, F. (2007). Costa Rica's Constitutional Jurisprudence, its Political Importance and International Human Rights Law: Examination of Some Decisions. *Duquesne Law Review*, 45 (3), 557-576.

Doryan Garron, E. (2008). Presentación de *PowerPoint* del presidente de la Caja Costarricense del Seguro Social. San José, Costa Rica.

Epp, C. R. (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

Gauri, V., Staton, G. K. y Vargas Cullell, J. (2015). "The Costa Rican Supreme Court's Compliance Monitoring System." *The Journal of Politics*. 77 (3), 774-786.

Gloppen, S., Wilson, B. M., Gargarella, R., Skaar, E. y Kinander, M. (2010). *Courts' Accountability Functions: Lessons from Latin America, Africa and Eastern Europe*. New York: Palgrave.

Gutiérrez Gutiérrez, C. J. (1999). La constitución 50 años después. En Gutiérrez Gutiérrez, C. J. et al. (eds.). *Temas claves de la constitución política*. San José: Investigaciones Jurídicas.

Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (2011). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press.

Hernández Valle, R. (2007). *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia. La evolución de la justicia constitucional y sus retos en Costa Rica*. México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

_____ (2008). *Constitución Política de la República de Costa Rica. Actualizada comentada, anotada y con citas jurisprudenciales*. San José: Editorial Juricentro.

Hilson, C. (2002). New social movements: The role of legal opportunity. *Journal of European Public Policy*, 9 (2), 238-255.

Jinesta Lobo, E. (2009). *Tratado de derecho administrativo*. San José: Editorial Jurídica Continental.

La Nación (1999). Cuestión de números. Recuperado de <http://www.nacion.com>

- Martínez Barahona, E. (2009). *Seeking the Political Role of the Third Government Branch: A Comparative Approach to High Courts in Central America*. Saarbrücken: VDM Verlag.
- Méndez, W. (1999). Sala IV da sentencia. *La Nación*. Recuperado de <http://www.nacion.com>
- Murillo Víquez, J. (1994). *La Sala Constitucional: una revolución político-jurídica en Costa Rica*. San José: Editorial Guayacán.
- Navia, P. y Ríos-Figueroa, J. (2005). The constitutional adjudication mosaic of Latin America. *Comparative Political Studies*, 38 (2), 189-217.
- Norheim, O. F. y Wilson, B. M. (2014). Health Rights Litigation and Access to Medicines: Priority Classification of Successful Cases from Costa Rica's Constitutional Chamber of the Supreme Court. *Health and Human Rights: An International Journal* 16 (2), 47-61.
- Oviedo, E. (2009). Sala IV ordena vacunar a ancianos contra neumococo. *La Nación*. Recuperado de http://www.nacion.com/ln_ee/2009/julio23/pais2005122.html
- PEN (2011). Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2010 (Costa Rica). Decimosexto Informe. Guilá: PEN.
- Poder Judicial (2010). Sección de Estadísticas, Departamento de Planificación. Recuperado de <http://www.poder-judicial.go.cr>.
- Poder Judicial (2012). Votos por tema. Recuperado de <http://www.poder-judicial.go.cr>.
- Rodríguez, O. (2011). The Costa Rican constitutional jurisdiction. *Duquesne Law Review*, 49 (2), 243-292.
- Rodríguez Cordero, J. C. (2002). *Entre curules y estrados: la consulta preceptiva de las reformas constitucionales en Costa Rica*. San José: Investigaciones Jurídicas.
- Rodríguez Herrera, A. (2005). *La reforma de salud en Costa Rica*. Santiago de Chile: United Nations.
- Rosenberg, G. N. (1991). *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.
- Rosenberg, G. N. (2008). *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2 ed. Chicago: Chicago University Press.
- Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (eds.). (2005). *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan.
- Solano Carrera, L. F. (2007). Derecho fundamental a la salud. *Gaceta médica de Costa Rica*, 9 (2), 141-150.
- Terra.com. (2009). Sentencias de Sala Constitucional de Costa Rica serán transcritas a Braille. Recuperado de http://noticias.terra.com/articulos/act1634911/Sentencias_de_Sala_Constitucional_de_Costa_Rica_seran_transcritas_a_braille/
- Vargas Cullerell, J. (2010). Enfoque. *La Nación*. Recuperado de <http://www.nacion.com>

- Vargas López, K. (2010). El desarrollo del derecho a la salud por parte de la Sala Constitucional y su influencia en el sistema público de salud en Costa Rica. Tesis de Maestría, Universidad de Costa Rica.
- Villalobos, C. A. (1998). Sala IV modifica artículos del Código de Trabajo: amplían derecho a huelga. *La Nación*. Recuperado de <http://www.nacion.com>.
- Vizcaíno, I. (2006). Luis Fernando Solano: Hay 'fariseísmo' contra Sala IV. *La Nación*. Recuperado de <http://www.nacion.com>
- Wilson, B. M. (1998). *Costa Rica: Politics, Economics, and Democracy*. Boulder, CO: Lynne Rienner.
- _____ (2007). Claiming individual rights through a Constitutional Court: The example of gays in Costa Rica. *I•CON, International Journal of Constitutional Law*, 5, 242-257.
- _____ (2009). Rights Revolutions in Unlikely places: Costa Rica and Colombia. *Journal of politics in Latin America*, 1 (2), 59-85.
- _____ (2010). Enforcing rights and exercising an accountability function: Costa Rica's Constitutional Court. En Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (eds.). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press.
- _____ (2011). The causes and consequences of health rights litigation in Costa Rica. En Yamin, A. y Gloppen, S. (eds.). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Cambridge: Harvard University Press.
- Wilson, B. M. y Rodríguez Cordero, J. C. (2006). Legal opportunity structures and social movements: The effects of institutional change on Costa Rican Politics. *Comparative Political Studies*, 39 (3), 325-351.
- Zamora Zamora, C. (2007). Los recursos de amparo y recursos de inconstitucionalidad contra la CCSS Costarricense de Seguro Social de 1989 a 2005. *Gaceta Médica de Costa Rica*, 9 (2), 130-34.

5. Argentina: implementación de casos colectivos

*Martín Sigal,
Julieta Rossi y
Diego Morales**

* Agradecemos muy especialmente a Karina Kalpschtrej, Pilar Arcidiácono, Laura Pautassi, Malcolm Langford, Gustavo Maurino, Carolina Fairstein y Leandro García Silva por sus valiosos comentarios y agudas críticas a versiones previas de este artículo. De igual modo, agradecemos a las integrantes del equipo de trabajo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Paula Litvachky, Anabella Museri y Gabriela Kletzel y a Rodrigo Borda, exabogado externo del CELS, por el tiempo dedicado a las entrevistas para la elaboración de este artículo y por la información y las observaciones relevantes aportadas sobre los procesos de ejecución de los casos Verbitsky y Villa La Dulce.

Introducción

En Argentina, la cuestión relativa a la implementación de decisiones judiciales en casos colectivos de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) exige hoy una valoración crítica tanto desde el campo de la investigación académica como de la reflexión práctica. El uso estratégico del litigio en busca de cambios sistémicos ha ganado fuerza en la última década y ha tenido cierto éxito en los tribunales. En efecto, tribunales de varios niveles y diferentes jurisdicciones han reconocido que los DESC son exigibles judicialmente, han determinado violaciones de esos derechos en un número considerable de decisiones con diversos alcances, y han ordenado una variedad de remedios.

Al mismo tiempo, es relevante destacar que la implementación de muchas decisiones judiciales, en particular aquellas sobre casos estructurales, ha sido parcial o deficiente. En muchos casos no ha habido implementación alguna. En ese marco, consideramos pertinente examinar la efectividad y el poder transformador de las intervenciones judiciales, con el fin de facilitar una mejor comprensión de las posibilidades y las limitaciones a las que se enfrentan los tribunales cuando intentan conseguir la satisfacción de derechos fundamentales vulnerados y transformar condiciones sociales injustas.

El objetivo de este capítulo es identificar y esclarecer los desafíos que se presentan en el marco de sentencias recaídas en casos colectivos de derechos sociales en Argentina, específicamente en la etapa de su implementación. En particular, pretende identificar algunos factores con potencialidad de incidir en un mayor o menor nivel de ejecución de las decisiones judiciales y, a partir de este análisis, presentar opciones estratégicas que favorecerían procesos virtuosos de implementación. En concreto, consideramos la incidencia de ciertos factores que interactúan con la naturaleza relativamente compleja de las obligaciones y los remedios en casos de derechos sociales, y generan procesos

de implementación que se diferencian de los procesos de ejecución de sentencias en litigios tradicionales.

El capítulo está estructurado de la siguiente forma: primero realizamos aclaraciones metodológicas sobre nuestro estudio y presentamos la muestra de casos analizados (sección 2). En segundo lugar, examinamos diversas variables relacionadas con la mayor o menor probabilidad de que las decisiones se cumplan efectivamente y puedan remediar la violación de los derechos denunciada (sección 3). Concluimos presentando algunas reflexiones sobre las potenciales implicaciones estratégicas de este análisis para el uso de tribunales u otras acciones en el reclamo legal y político de derechos fundamentales.

Metodología y resumen de los casos

Definición de implementación

Al examinar el proceso de implementación de las sentencias nos concentramos en los efectos *instrumentales* o *materiales directos* de las decisiones de los tribunales. Estos efectos implican cambios materiales en la situación o la conducta de los individuos o grupos, y son directos en el sentido de que son exigidos por una sentencia e involucran a los actores relevantes del caso, como las partes que intervienen en el proceso, los beneficiarios y otros destinatarios de las órdenes (Rodríguez Franco y Rodríguez Garavito, 2010).

Entre los *efectos instrumentales directos* nos ha interesado específicamente observar las transformaciones concretas que las decisiones judiciales han producido en la situación de vulneración de derechos sociales de las víctimas, incluidos los cambios en su entorno, así como el proceso de adecuación de las capacidades estatales para superar dicho estado de cosas. En nuestra opinión, la valoración de las transformaciones en la situación vital de los afectados por las violaciones de derechos es crucial cuando se están valorando los efectos de las intervenciones judiciales. Además, esa cuestión proporciona un marco y un contexto claro para toda investigación posterior sobre otras clases de efectos como los simbólicos, etc.

En cuanto a la metodología, hemos basado nuestra investigación en el estudio de casos múltiples (Escudero, Beltrán y Gutiérrez, 2008). Aunque no intentamos efectuar generalizaciones definitivas o identificar patrones universalmente aplicables, consideramos que los resultados pueden ser valiosos para producir conclusiones más amplias que pueden ser relevantes en escenarios similares a los planteados en este trabajo (Araluz, 2005). A partir de ese marco metodológico, hemos realizado un análisis detallado de las características del proceso

de cumplimiento en los casos escogidos. Luego hemos comparado esas características entre sí con el fin de desarrollar explicaciones con respecto a la probabilidad de que se implemente una decisión judicial (Merlinsky, 2008).

Las variables presentadas en este trabajo son solo algunas de las que inciden en la implementación de sentencias, y si bien fueron examinadas mayormente de manera aislada, operan en permanente interacción y se afectan recíprocamente. Sin perjuicio de la perspectiva sociojurídica con que hemos llevado a cabo nuestro trabajo, se han tomado los elementos “constitutivos” de un caso judicial, como ejes articuladores del análisis. Estos elementos son: i) el objeto procesal y la causa en que se funda, que está definido por el remedio solicitado, el derecho invocado y el interés afectado; ii) el tribunal judicial; iii) la parte demandada y iv) la parte demandante, es decir, quien presenta una acción legal.

Dentro de la variable referida al objeto procesal (i), hemos concentrado nuestro análisis en el tamaño y las características del caso, usando indicadores como la extensión de las violaciones de derechos denunciadas, la cantidad de personas afectadas, el tipo de conducta requerida a las autoridades públicas o actores privados para reparar la violación y la extensión geográfica de la situación de afectación de derechos. Respecto del tribunal judicial (ii), hemos examinado la clase de actitud adoptada frente al proceso de implementación, es decir, si adoptó una conducta diligente y receptiva hacia el reclamo o si se comportó de modo pasivo y formalista.¹ En cuanto a la parte demandada (iii), hemos hecho foco en la voluntad y disposición que manifiesta en cumplir o incumplir con la orden judicial. Por último, respecto de la parte actora (iv), hemos estudiado el tipo y las características de la participación de las personas afectadas en el proceso en general, y en el proceso de implementación en particular, así como en las modalidades y dinámicas de las alianzas entre distintos actores generadas en el caso.

Selección de casos

Nuestro estudio toma trece procesos de implementación de sentencias o acuerdos alcanzados por las partes en el marco de casos colectivos de derechos sociales que están en trámite o que han tramitado recientemente ante tribunales internos argentinos. Nuestra selección se basó en dos criterios. El primero atiende al carácter emblemático de los casos

1 Por ejemplo, con base en una interpretación literal de las normas de códigos procesales que todavía no han incluido las robustas ideas de acceso a la justicia establecidas en la reforma constitucional de 1994.

(Merlinksy, 2008) en tanto han abierto nuevos caminos para el uso de los tribunales y pueden catalogarse como casos modelo o paradigmáticos. Se caracterizan por sus argumentos novedosos, un intento estratégico por transformar las políticas públicas que originaron el reclamo o persiguen formas innovadoras de resolver conflictos por parte del poder judicial (incluyendo el tipo y alcance de los remedios). En general, estos casos han canalizado la discusión sobre nuevas cuestiones en la esfera pública (CELS, 2008, pp. 17-18). Estos procesos judiciales paradigmáticos y colectivos proporcionan también una perspectiva metodológica específica: representan potencialmente “casos de difícil cumplimiento”, teniendo en cuenta la complejidad, el alcance y la novedad de los planteos. Asimismo, señalamos que las sentencias provienen de diversas jurisdicciones y tribunales de diferentes niveles en Argentina, pero que la dimensión unificadora es su naturaleza colectiva. Un segundo factor determinante de la selección de casos es que los autores de este capítulo hemos estado involucrados directa o indirectamente en ellos, bien como representantes de los demandantes o como miembros de la organización que dirigía el caso; hemos estado involucrados activamente en el desarrollo de los casos desde el inicio hasta la etapa de implementación de la decisión judicial, y hemos sido testigos directos de la complejidad de esta etapa final. Eso nos ha permitido desarrollar una comprensión profunda de las dificultades enfrentadas en esta etapa del proceso. En ejercicio de esas tareas, hemos tenido acceso a evidencia empírica valiosa para el análisis cualitativo de los casos en los que hemos basado nuestras observaciones. Esta información fue complementada con entrevistas a algunos de los principales intervinientes en los litigios y con un análisis de la documentación relevante del caso (decisiones judiciales, órdenes judiciales dictadas durante el proceso de implementación, escritos presentados por las partes, etc.).

Por último, si bien en algunos casos el grado de implementación fue sencillo de verificar y no presentó mayores dificultades, cabe señalar que en otros se hizo evidente la necesidad de contar con indicadores o parámetros más precisos de medición. En algunos casos es claro que una sentencia ha sido implementada sustancialmente (por ejemplo, se ofrece a una comunidad determinada un servicio antes inexistente) o que no lo ha sido (por ejemplo, hay una inacción absoluta del Estado). En otros casos, determinar el nivel de cumplimiento es complejo y se hace difícil encuadrarlo en un marco binario de “todo o nada”. Por ejemplo, hay casos en los que el Estado desarrolló alguna actividad, pero insuficiente para dar satisfacción a la sentencia, casos en los que se inició un proceso de negociación entre las partes que no registra avances significativos hacia una solución, u otros en los que la

implementación se ve bloqueada por la aparición de nuevos problemas que requieren una acción judicial adicional o un periodo de implementación más largo.²

En última instancia, nuestro estudio devela la necesidad, en especial en casos de derechos colectivos en los que están en juego el diseño o la implementación de políticas públicas generales, de contar con indicadores para medir y monitorear el cumplimiento, tanto en lo relativo a los esfuerzos desplegados como a los resultados obtenidos. En otras palabras, para medir los efectos de este tipo de medidas es necesario un nuevo marco conceptual que evite las definiciones binarias, categóricas, que siguen un patrón de cumplimiento-no cumplimiento, éxito-fracaso (Filippini, 2007).

Resumen de los casos

La tabla 1 provee una descripción de los trece casos que fueron analizados, enfocándose en el tribunal interviniente, los/las litigantes, los hechos relevantes, el contenido de la decisión y el remedio dispuesto.³

TABLA I
Resumen de los casos

Caso I. Contaminación del Riachuelo ⁴	
Fecha	Julio de 2008
Tribunal	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN)
Demandante	Grupo de 17 residentes del área contaminada y trabajadores del sector de la salud de esa misma área.
Demandado	44 empresas, el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires, la ciudad de Buenos Aires y 14 municipios
Hechos/ Decisión	<ul style="list-style-type: none"> La Corte encontró que los demandados eran responsables de la degradación medioambiental en la cuenca de Matanza-Riachuelo, que estaba teniendo graves efectos en la salud de los residentes de la zona. Tuvo en cuenta que la cuenca era el área más contaminada de Argentina y afectaba al menos a tres millones de personas, cubría 14 municipalidades de la provincia de Buenos Aires y ocupaba el 34 % del territorio perteneciente a la ciudad autónoma de Buenos Aires.

2 También habría que señalar que las conclusiones sobre el grado de implementación dependen en gran medida de la interpretación que haga el observador de los hechos, de la metodología usada para evaluarlos, del momento particular en el que se haga el análisis y de otros factores relevantes que podrían llevar a diferentes conclusiones sobre la implementación de la misma decisión.

3 Para una explicación más detallada de los casos, ver CELS (2008) y Maurino y Nino (2009).

4 CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo)”, sentencia del 8 de julio de 2008.

Caso I (Cont.)

<p>Hechos/ Decisión</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La Corte determinó que hubo una violación de derechos colectivos y la obligación legal de responder de forma efectiva al problema de la contaminación de la cuenca. Eso implicó una respuesta de naturaleza multijurisdiccional con un enfoque integrado y estructural. La violación de los derechos de los residentes estaba ligada estrechamente, según el tribunal, a la fragmentación y el solapamiento de las jurisdicciones de las autoridades públicas, a la limitada o escasa voluntad política de las autoridades burocráticas para enfrentar el problema de manera coordinada e integrada, y a la ausencia de mecanismos apropiados de participación y rendición de cuentas.
<p>Medidas judiciales (remediales)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La Corte ordenó a la autoridad administrativa implementar un programa de intervención (Acumar), y la declaró responsable de cualquier incumplimiento o retraso en la ejecución. El programa debía tener como objetivos simultáneos: a) mejorar la calidad de vida de los residentes de la cuenca; b) recomponer del ambiente; c) prevenir daños. • Con el fin de medir el cumplimiento, la Corte le ordenó a Acumar adoptar “cualquiera de los sistemas de medición disponibles”. El programa incluía un calendario detallado de actividades y obligaciones, entre las cuales cabe mencionar: a) organizar un sistema de información pública basado en internet para informar de los progresos; b) llevar a cabo acciones que controlaran la contaminación industrial; c) proteger y proporcionar servicios de salud a la población y limpiar los vertederos de basura; d) limpiar las riberas de los ríos y expandir la red de agua potable; e) adoptar medidas que controlaran el alcantarillado para aguas pluviales y el tratamiento de desechos cloacales. • La Corte estableció también plazos y declaró que, de no cumplirse con el calendario establecido, serían impuestas multas al director de Acumar. • La Corte creó un Cuerpo Colegiado, integrado por el defensor del pueblo de la Nación y organizaciones sociales a cargo de supervisar la implementación de todas las órdenes del tribunal.

Caso 2. Cárceles de Buenos Aires⁵

Fecha	Mayo de 2005
Tribunal	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Demandante	Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).
Demandado	Gobierno de la provincia de Buenos Aires.
Hechos/ Decisión	<ul style="list-style-type: none"> • La Corte revisó la situación de unos 6.000 detenidos en espera de juicio, reclusos en comisarías de la provincia de Buenos Aires. También analizó la situación de sobrepoblación carcelaria en la provincia de Buenos Aires y la violación de derechos denunciada por el demandante. Entre 1990 y 2005, la población carcelaria había crecido exponencialmente: casi un 80% desde 1999. Eso había generado denuncias de que los detenidos estaban reclusos en condiciones inhumanas en las comisarías, que se habían convertido en instalaciones de reclusión en la práctica. El aumento de las tasas de encarcelamiento y el empeoramiento de las condiciones de detención fueron consecuencia de la Ley 12.405, aprobada en marzo de 2000 (que hizo más complejo el sistema de excarcelamiento), y la Ley de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires (que limitó el acceso a la libertad condicional a las personas condenadas por ciertos delitos). • La Corte determinó que la situación constituía una violación de los derechos alegados y declaró que en parte esta había sido producida por esas reformas, que además no cumplían los estándares internacionales y constitucionales relevantes. La Corte afirmó también que no era admisible que niños y enfermos estuvieran detenidos en comisarías.
Medidas judiciales (remediales)	<ul style="list-style-type: none"> • La Corte le exigió al gobierno provincial entregarle informes cada 60 días sobre las medidas adoptadas para remediar la situación de los detenidos conforme a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, que el tribunal consideró como directrices fundamentales que debían cumplir toda detención. • Además, la Corte ordenó a la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires y a los tribunales inferiores acabar inmediatamente con toda situación de detención que implique un trato cruel, inhumano o degradante, y adoptar medidas más benévolas a partir de la información provista por la Rama Ejecutiva provincial con respecto a las condiciones reales de detención (tipo de celda, número de camas, condiciones de higiene y acceso a instalaciones sanitarias). • Con efecto inmediato, la Corte prohibió que los menores y las personas enfermas estuvieran detenidas en las comisarías. La Corte instó también al gobernador y al órgano legislativo de la provincia de Buenos Aires a reformar el sistema de excarcelación, así como las normas reglamentarias sobre ejecuciones de pena y prisiones. • Por último, la Corte le pidió al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires convocar una mesa de diálogo en la que participaran la organización demandante y otras organizaciones que habían presentado memorandos como coadyuvantes, y también otros sujetos de la sociedad civil. La Corte tenía que ser informada de los progresos conseguidos cada 60 días.

5 CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ *habeas corpus*”, sentencia del 5 de mayo de 2005.

Caso 3. Vacantes escolares ⁶	
Fecha	Marzo de 2008
Tribunal	Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires
Demandante	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).
Demandado	Gobierno de la ciudad de Buenos Aires.
Hechos/ Decisión	<ul style="list-style-type: none"> • El tribunal determinó que se vulneraban los derechos de acceso a la educación por falta de vacantes en instituciones escolares para la primera infancia, sobre todo en las áreas desfavorecidas de la ciudad de Buenos Aires.
Medidas judiciales (remediales)	<ul style="list-style-type: none"> • El tribunal le ordenó al demandado desarrollar y presentar un plan dirigido a solucionar la falta de vacantes para el acceso a la educación inicial. El tribunal requirió información detallada sobre todos los proyectos de construcción en curso y sobre los nuevos proyectos de construcción dirigidos a satisfacer la demanda existente. • Sin embargo, antes de que el Superior Tribunal dictara una decisión final, las partes llegaron a un acuerdo que incluía directrices para construir nuevas escuelas, entrega de informes, creación de un mecanismo de seguimiento para la implementación del acuerdo y compromisos presupuestales específicos, entre otros puntos.

Caso 4. Agua potable / Villa 31 bis ⁷	
Fecha	Julio de 2007
Tribunal	Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires
Demandante	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).
Demandado	Gobierno de la ciudad de Buenos Aires.
Hechos/ Decisión	<ul style="list-style-type: none"> • El juzgado se ocupó de la falta de agua potable que afectaba a unas 400 familias que vivían en un área específica formada por cuatro manzanas ubicadas en un barrio pobre urbano conocido como Villa 31 bis.
Medidas judiciales (remediales)	<ul style="list-style-type: none"> • El juzgado le ordenó al gobierno de la ciudad de Buenos Aires proporcionar agua potable, siete días a la semana, hasta que se completaran los proyectos para expandir la red del acueducto.

6 Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires (Cacat), Sala I, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia vs. GCBA s/ amparo", caso 23360.

7 Cacat, Sala I, "ACIJ vs. GCBA s/ amparo", caso 20898/0, 18 de julio de 2007.

Caso 5. Villa La Dulce ⁸	
Fecha	Diciembre de 2003
Tribunal	Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires
Demandante	86 familias de Villa La Dulce con la representación legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).
Demandado	Gobierno de la ciudad de Buenos Aires
Hechos/ Decisión	<ul style="list-style-type: none"> Más de 180 familias fueron desalojadas de un terreno que habían ocupado y que había estado abandonado por al menos 10 años. Sin tener un alojamiento alternativo, construyeron cabañas en un terreno adyacente. Del grupo inicial, 80 familias vivieron sin tener cubiertas las necesidades básicas por más de 11 meses. Después de una negociación, el gobierno de la ciudad de Buenos Aires acordó construir viviendas en un plazo de 60 días. Ante el incumplimiento del acuerdo, las familias interpusieron una acción de amparo contra la ciudad de Buenos Aires. Se alcanzó un nuevo acuerdo y el juez interviniente lo validó; el acuerdo incorporó estándares legales relativos al derecho a una vivienda adecuada, como habitabilidad y asequibilidad.
Medidas judiciales (remediales)	<ul style="list-style-type: none"> El gobierno de la ciudad de Buenos Aires, según el acuerdo alcanzado con las familias, prometía construir las unidades de vivienda necesarias para proporcionar una solución definitiva a los demandantes y crear una línea de crédito especial y asequible para que las familias pudieran adquirir viviendas. El acuerdo incorporaba los estándares legales del derecho a una vivienda adecuada, como habitabilidad y asequibilidad.

Caso 6. Mapa nutricional ⁹	
Fecha	Noviembre de 2008
Tribunal	Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires
Demandante	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).
Demandado	Gobierno de la ciudad de Buenos Aires.
Hechos/ Decisión	<ul style="list-style-type: none"> La Ley 105, aprobada por el órgano legislativo de la ciudad de Buenos Aires, estableció que el gobierno debería crear un mapa nutricional de la ciudad, relevante para establecer la política nutricional.
Medidas judiciales (remediales)	<ul style="list-style-type: none"> Un juez ordenó al gobierno de la ciudad de Buenos Aires que cumpliera con la Ley 105, que ordena realizar un mapa de la situación nutricional de la población con el fin de informar las nuevas políticas públicas sobre nutrición. La decisión del tribunal de apelación confirmó la demanda y se le ordenó realizar el mapa en 120 días.

8 Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires núm. 5, "Agüero Aurelio Eduvigio y otros vs. GCBA s/ amparo", caso 4437/0.

9 Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires núm. 9, "ACIJ vs. GCBA s/ amparo", caso 27599/0; decisión confirmada por Cacat, sala I, 16 de noviembre de 2008.

Caso 7. Aulas <i>containers</i> ¹⁰	
Fecha	Julio de 2006
Tribunal	Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires
Demandante	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).
Demandado	Gobierno de la ciudad de Buenos Aires.
Hechos/ Decisión	<ul style="list-style-type: none"> • Como respuesta a la falta de espacio en las escuelas públicas del nivel primario, el gobierno de la ciudad de Buenos Aires decidió instalar aulas <i>containers</i> en lugar de construir nuevas escuelas. Las escuelas que adoptaron esa solución constructiva estaban en los asentamientos informales cercanos a la ciudad. Se determinó que esas acciones eran discriminatorias.
Medidas judiciales (remediales)	<ul style="list-style-type: none"> • Se le ordenó al gobierno cesar en el uso de las aulas <i>containers</i>. • El tribunal consideró que los niños y las niñas afectados/as accedían a la educación en una situación de emergencia y precariedad, y ordenó al gobierno de la ciudad encontrar una solución al problema.

Caso 8. Cestos de basura ¹¹	
Fecha	Febrero de 2008
Tribunal	Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires
Demandante	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).
Demandado	Gobierno de la ciudad de Buenos Aires
Hechos/ Decisión	<ul style="list-style-type: none"> • La ciudad de Buenos Aires ha comenzado una campaña sobre higiene urbana, colocando cestos papeleros en áreas públicas y proporcionando información y educación ciudadana. Sin embargo, el área más pobre de la ciudad ha sido excluida del programa, lo cual se consideró violatorio del derecho a no ser discriminado de los habitantes de esa área.
Medidas judiciales (remediales)	<ul style="list-style-type: none"> • El juzgado ordenó la expansión de la cobertura de la campaña para que incluyera el área excluida en condiciones de igualdad con respecto a la campaña que estaba realizándose en otras áreas de la ciudad.

10 Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires núm. 11, "Iglesias, José Antonio vs. GCBA s/amparo", caso 15909/0, 7 de julio de 2006.

11 Cacat, Sala 2, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia vs. GCBA s/amparo", caso 18112/0, 7 de diciembre de 2006. Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Buenos Aires, 20 de febrero de 2008, caso 5435/07.

Caso 9. Transporte escolar ¹²

Fecha	Marzo de 2010
Tribunal	Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires
Demandante	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).
Demandado	Gobierno de la ciudad de Buenos Aires
Hechos/ Decisión	<ul style="list-style-type: none"> • Los niños en los barrios pobres urbanos 31 y 31bis tenían graves problemas de acceso a sus escuelas, que estaban lejos de sus casas. Las malas condiciones de las carreteras locales y la falta de acceso del vecindario al transporte público aumentaban esas dificultades. • El juez le ordenó a la ciudad determinar cuántos niños vivían en esos barrios y proporcionarles transporte escolar gratuito.
Medidas judiciales (remediales)	<ul style="list-style-type: none"> • El juzgado ordenó la creación de un programa de transporte para garantizar que los niños afectados pudieran asistir a las escuelas asignadas.

Caso 10. Vacuna candid I ¹³

Fecha	Junio de 1998
Tribunal	Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal
Demandante	Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).
Demandado	Gobierno nacional – Poder Ejecutivo (Ministerio Federal de Salud).
Hechos/ Decisión	Con el fin de tratar la fiebre hemorrágica argentina (una epidemia que afecta la región de la Pampa), el Estado nacional decidió fabricar una vacuna específica después de que su producción hubiera sido abandonada por un laboratorio estadounidense. Se hicieron las asignaciones presupuestales necesarias para equipar un laboratorio y producir la vacuna, pero los fondos públicos fueron usados para otros fines. El tribunal determinó la existencia de una violación del derecho a la salud.
Medidas judiciales (remediales)	El tribunal les ordenó a las autoridades cumplir de manera inmediata con el programa de producción de la vacuna establecido por el Ministerio de Salud.

¹² Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires núm. 12, “ACIJ vs. GCBA s/ amparo”, caso 32839/0, 15 de marzo de 2010.

¹³ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “Viceconte, Mariela Cecilia vs. Estado nacional s/ amparo”, caso 31777/96, 2 de junio de 1998.

Caso 11. Agua potable / San Ignacio ¹⁴	
Fecha	Noviembre de 2009
Tribunal	Juzgado Federal de Quilmes
Demandante	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ).
Demandado	Acumar
Hechos/ Decisión	<ul style="list-style-type: none"> • El agua potable usada por unos 6.000 vecinos de San Ignacio, en el distrito de Esteban Echeverría de la provincia de Buenos Aires, estaba contaminada y no era apta para el consumo humano. El juez determinó que eso violaba el derecho a la salud y ordenó la creación de un sistema de suministro de agua potable.
Medidas judiciales (remediales)	<ul style="list-style-type: none"> • El juzgado ordenó el suministro de agua potable.

Caso 12. Centro de salud El Vergel ¹⁵	
Fecha	Marzo de 2008
Tribunal	Juzgado de Garantías de Menores N° 3, Moreno, provincia de Buenos Aires
Demandante	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y vecinos del barrio El Vergel.
Demandado	Municipalidad de Moreno y provincia de Buenos Aires.
Hechos /Decisión	<ul style="list-style-type: none"> • El Vergel, un barrio con casi 2000 habitantes de la municipalidad de Moreno, provincia de Buenos Aires, estaba aislado debido a las malas condiciones de las vías de acceso (cuando llovía era imposible entrar o salir del barrio) y no había centro de salud para atender las necesidades básicas de sus habitantes. El acceso a escuelas apartadas del barrio era imposible cuando había mal tiempo. El juez determinó que esa situación violaba los derechos de los niños de El Vergel.
Medidas judiciales (remediales)	<ul style="list-style-type: none"> • El juzgado le ordenó a la provincia de Buenos Aires proporcionar los recursos necesarios a la municipalidad de Moreno con el fin de que se provea atención permanente a la salud en El Vergel, y ordenó a la municipalidad de Moreno darle accesibilidad al vecindario reparando las vías de acceso.

14 Juzgado Federal de Quilmes, Secretaría Ad Hoc, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia vs. Acumar s/acción de nulidad", caso 02/2009.

15 Juzgado de Garantías de Menores núm. 2, Paso del Rey, "Nino, Ezequiel y otros vs. Municipio de Moreno s/ amparo", caso 5967.

Caso 13. Rampas de acceso a estaciones de tren¹⁶

Fecha	Agosto de 1999
Tribunal	Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I.
Demandante	María Inés Verbrugge con la representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).
Demandado	Estado nacional (Ministerio de Economía / Secretaría de Transportes)
Hechos/ Decisión	<ul style="list-style-type: none"> Este caso fue presentado ante un tribunal federal para solicitar la construcción de accesos para las personas con movilidad reducida en una de las líneas ferroviarias que unían la ciudad de Buenos Aires con el área norte de la provincia de Buenos Aires. La Corte Suprema ratificó la decisión del tribunal de apelación en el sentido de que Trenes de Buenos Aires (TBA), la empresa que operaba el servicio público de ferrocarriles, estaba obligada a dar acomodo razonable a las personas con discapacidad o movilidad reducida con el fin de que pudieran “acceder al servicio en igualdad de condiciones con otros usuarios”.
Medidas judiciales (remediales)	<ul style="list-style-type: none"> El tribunal le ordenó a TBA, y al Estado nacional construir rampas de acceso y ajustar las estaciones para garantizar el acceso de personas con movilidad reducida por sus propios medios. Se concedió un plazo de 60 días para el cumplimiento. El tribunal ordenó también al Estado nacional “supervisar la ejecución efectiva de las obras”.

Análisis de las principales variables que afectan la implementación de las decisiones

La naturaleza del caso: a mayor estructuralidad mayor dificultad en la implementación

Una de las principales variables que hemos identificado al analizar el proceso de implementación está relacionada con el grado de estructuralidad del caso. Entendemos por estructuralidad una característica que puede medirse por grados, según estén presentes (o ausentes) ciertos elementos, que se analizan más adelante. Podemos afirmar que la estructuralidad aumenta en intensidad cuando nos alejamos de casos simples, promovidos por individuos, y nos acercamos a casos colectivos sistémicos y complejos, cuando están presentes todos los elementos que la definen.

Si bien no todos los casos seleccionados para este análisis son estructurales, ellos se ubican en el lado más estructural del espectro.

¹⁶ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “Verbrugge María Inés vs. Estado Nacional/Ministerio de Economía, Secretaría de Transporte y otros, Ley 16986”, caso 8086/98, de 30 de agosto de 1999; sentencia confirmada por la Corte Suprema en septiembre de 2000.

Los hemos clasificado en casos colectivos y casos colectivos estructurales, tomando como elementos distintivos de unos y otros lo explicado en los siguientes párrafos. Hemos excluido los casos puramente individuales,¹⁷ puesto que asumimos que siguen la estructura de otros casos dirimidos por los tribunales en un país de tradición de derecho civil, y que no presentan dificultades importantes en la etapa de implementación. En general, se aplican las normas tradicionales y la decisión solo se dirige a las partes del caso, lo que es normalmente suficiente para conseguir su implementación. Cuando lo que está en juego son obligaciones positivas, “de hacer”, estas son relativamente simples y similares a las obligaciones de los casos tradicionales, y los jueces están generalmente familiarizados con ellas. En general, esas medidas judiciales no enfrentan resistencia estatal y, en cualquier caso, las medidas procesales disponibles para la ejecución de la sentencia, como por ejemplo, las multas, suelen ser suficientes para superar la resistencia del Estado o de los demandados particulares.

En la categoría de casos estructurales colectivos —a partir de la definición ofrecida por Rodríguez Franco y Rodríguez Garavito, 2010, pp. 87-88 — incluimos casos con las siguientes características: el daño presunto afecta a un gran número de personas distribuidas por todo el territorio del Estado, o en una unidad territorial amplia que no es fácilmente determinable; las violaciones de los derechos surgen debido a vacíos sistémicos en el diseño o la implementación de las políticas públicas, o por ausencia de una política pública, y las medidas judiciales impuestas implican ejecutar órdenes complejas que requieren la asignación de recursos económicos, mediante las cuales el juez instruye a varios organismos públicos para que adopten medidas coordinadas con el fin de proteger a la totalidad de la población afectada. Incluimos dos casos de la Corte Suprema de Justicia: Contaminación del Riachuelo (caso 1) y Cárcel de Buenos Aires (caso 2), como prototipos de los casos colectivos estructurales (tabla 1).

Entre los casos individuales y los casos colectivos estructurales existe otro tipo de casos en los que se discuten afectaciones colectivas y mediante los cuales se busca remediar problemas soslayados por las políticas públicas, pero que presentan menos notas de estructuralidad que los denominados casos colectivos estructurales. Entendemos por caso colectivo aquel en el que la afectación de un derecho social involucra a una cantidad relativamente importante de personas que es

17 Consideramos casos individuales aquellos en los que la demanda versa sobre la violación individual de un derecho, es decir, de una persona en particular, y se centra en la petición de una solicitud específica para la persona afectada.

fácilmente determinable, la afectación se circunscribe a una determinada zona geográfica y, si bien se cuestiona una política pública, su alcance o nivel de generalidad es menor que en los casos estructurales. El caso puede resolverse con la solución del problema de un determinado grupo de personas. A su vez, la orden judicial no es necesariamente compleja y su cumplimiento puede ser ordenado y controlado mediante las vías que habitualmente utilizan los tribunales para esos fines, ya que generalmente involucra una prestación única y concreta, mensurable y limitada en el tiempo.¹⁸ Los casos colectivos pueden asimilarse en mayor medida a los casos estructurales o a los individuales, en función de la mayor o menor presencia de notas de estructuralidad. Para este supuesto hemos tomado como referencia una mayor cantidad de ejemplos ya que este tipo de casos han sido litigados con frecuencia en los últimos años. Estos son: Vacantes escolares (caso 3), Agua potable/Villa 31bis (caso 4), Villa La Dulce (caso 5), Mapa nutricional (caso 6), Aulas *containers* (caso 7), Cestos de basura (caso 8), Transporte escolar (caso 9), Vacuna Candid 1 (caso 10), Agua potable/San Ignacio (caso 11), Centro de Salud El Vergel (caso 12) y Rampas de acceso a estaciones de tren (caso 13).

En el curso del análisis de los 13 casos seleccionados observamos que: 1) los casos colectivos pueden acarrear algún grado de dificultad pero tienden a implementarse y; 2) los casos que llamamos colectivos estructurales, generalmente se enfrentan con niveles de dificultad superiores en el proceso de implementación. Veamos.

Los casos colectivos pueden acarrear algún grado de dificultad pero tienden a implementarse

El estudio de los casos indicados muestra que los casos colectivos tienden a implementarse. En efecto, se verifica la implementación —parcial o total— de sentencias o acuerdos homologados en procesos judiciales de este tipo de supuestos. De los casos que hemos tomado como referencia se han implementado —al menos en un grado significativo— decisiones judiciales para la provisión de servicios públicos a ciertas comunidades.

Entre esas medidas podemos detallar las siguientes:

- El suministro de agua potable a Villa 31bis (caso 4).
- La expansión de una campaña de higiene urbana a la zona más desfavorecida de la ciudad de Buenos Aires (caso 8).

18 Ello, sin perjuicio de que para lograr el cumplimiento de la prestación ordenada se requieran actividades previas, tales como producción de información.

- La prestación (parcial) de transporte escolar gratuito para los niños en edad escolar de Villa 31 y Villa 31bis (caso 9).
- Los cambios de la política educativa de la ciudad de Buenos Aires, como la creación de vacantes para la educación inicial (caso 3).
- La revocación de una política discriminatoria que permitía que las clases se impartieran en aulas *containers* en varias escuelas ubicadas cerca de barrios pobres (caso 7).
- La construcción de viviendas para familias que vivían en la calle (caso 5).
- La producción de bienes públicos, como vacunas, para prevenir una enfermedad que afectaba a una región argentina (caso 10).
- La apertura de un centro de atención en un barrio que carecía de servicios básicos de salud (caso 12).

De todos los casos analizados, el único que no ha sido implementado en absoluto ha sido el de las rampas de acceso a estaciones de tren (caso 13).

Como se mencionó, estos casos comparten varias características, como la posibilidad de determinar el número de personas o grupos afectados por la decisión judicial; por ejemplo, el grupo específico de niños que necesitan transporte escolar gratuito (caso 10) o las 86 familias que requieren vivienda (caso 5). Alternativamente, según el caso, es posible identificar la unidad territorial cubierta por la decisión, como las cuatro manzanas de Villa 31bis a las que había que proporcionar agua potable (caso 4); el área más desfavorecida de la ciudad de Buenos Aires, en la que debía iniciarse una campaña de conciencia pública sobre higiene urbana (caso 8); el barrio de San Ignacio (caso 11), o la Villa 31 y la Villa 31bis (caso 9). También se puede identificar una parte concreta y específica de la política pública, como la prohibición de usar contenedores como aulas de clase (caso 7), o la omisión en ejecutar las asignaciones presupuestarias para la producción de una vacuna (caso 4). Además, estos casos implican sentencias que contienen órdenes relativamente concretas con respecto a la acción estatal o su restricción, o una combinación de ambas (por ejemplo, suministrar agua potable o eliminar los contenedores como aulas de clase).

Los casos colectivos estructurales generalmente se enfrentan con niveles de dificultad superiores para su implementación

En cambio, cuando un caso se acerca a la condición colectiva estructural (es decir, involucra un gran número de personas afectadas o unidades territoriales múltiples, plantea cuestiones más generales de política

pública y el uso de recursos, o aumenta el número de agentes estatales implicados o el nivel de complejidad de los remedios u órdenes dispuestas), las dificultades de implementación se hacen más profundas y visibles, como se analizará a continuación.

El caso Contaminación Riachuelo (caso 1) muestra que, a varios años de la sentencia de la Corte Suprema emitida el 8 de julio de 2008,¹⁹ las acciones que se requieren para el cumplimiento de la decisión han sido llevadas a cabo en forma dispar; ciertas acciones se han ejecutado y otras no se han implementado o se llevaron a cabo en forma insuficiente.²⁰ Si bien se pusieron en marcha organismos estatales y políticas públicas tendientes a saldar la deuda ambiental de ese territorio, y se lograron avances en algunos de los principales componentes de su problemática, tal como señala el Cuerpo Colegiado —órgano responsable del seguimiento de la ejecución de la sentencia—, los objetivos establecidos por la Corte Suprema distan de haber sido alcanzados y han emergido nuevos y complejos problemas.²¹

Así, desde la sentencia y ante obstáculos marcados que enfrentaba el proceso de implementación la Corte Suprema debió intervenir en distintas oportunidades para encauzarlo. En el año 2012, ordenó confeccionar “una agenda de ejecución con certificados de avance, basados en parámetros objetivos y con control de metas intermedias mediante la celebración de audiencias semestrales” y “publicar un calendario de audiencias, de fechas de vencimiento de demandas judiciales y de todo otro dato o documentación relevante”.²² Si bien la puesta en marcha de este sistema de control bajo estos parámetros es considerado como un elemento central para generar un proceso eficaz que avance de manera

19 El análisis del proceso de ejecución tomará como referencia la evaluación realizada por la Corte Suprema y los actores del caso en el marco de la audiencia pública realizada el día 30 de noviembre de 2016.

20 Cabe advertir al lector que la evaluación sobre la ejecución de la sentencia ha sido realizada sobre los aspectos centrales del caso y sobre sus efectos más sobresalientes. Tal como advierte Bergallo (2014), “la evaluación del caso ‘Mendoza’ presenta varios desafíos”. Entre ellos, menciona que “el espectro de las instituciones activadas en la causa es tan amplio que una evaluación integral requeriría el seguimiento de gran variedad de organizaciones de distinto nivel [...] La cantidad de instituciones de monitoreo activadas por la Corte hace difícil una evaluación integral de los efectos del caso [...] Además, dada la gran actividad que supuso la ejecución de la sentencia, las observaciones se desactualizan con rapidez” (p. 267).

21 Cuerpo Colegiado (coordinado por la Defensoría del Pueblo de la Nación), Informe especial, a siete años del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que persigue mejorar la calidad de vida de la población, recomponer el ambiente y prevenir nuevos daños en la cuenca Matanza-Riachuelo, 2015, pp. 1 y 2.

22 CSJN, caso Mendoza, resolución del 19/12/2012, considerando 8.

previsible, con prioridades claras y con base en criterios objetivos y consensuados, el proceso de implementación de la sentencia continuó sin la elaboración de un sistema de estas características (García Silva y García Espil, 2012).

Por ello, en el mes de diciembre de 2016, a partir de las serias deficiencias constatadas en el cumplimiento, la Corte señaló la necesidad de adoptar las medidas necesarias para el inmediato y más eficaz cumplimiento de la sentencia.²³ Por esta razón, la Corte le exigió a la autoridad de la cuenca Matanza-Riachuelo (Acumar), que “establezca un sistema de indicadores que, conforme a los criterios internacionales de medición disponibles, permita en un plazo perentorio de tres meses medir el nivel de cumplimiento de los objetivos fijados por la sentencia en ejecución”.²⁴

La Corte Suprema, en la audiencia del 30 de noviembre de 2016, tuvo oportunidad de conocer en detalle el avance (o no) del proceso de implementación de su sentencia. En esa oportunidad, el Cuerpo Colegiado presentó un informe, en el que reafirma que si bien el fallo posibilitó que se pusieran en marcha organismos estatales y políticas públicas tendientes a revertir situaciones de conflictividad y para atender la violación de derechos de la población, señala que, a más de 8 años, persistían falencias que impedían un adecuado logro de los objetivos dispuestos por la Corte en su sentencia. De forma más reciente, en su Informe “9 años del fallo de la Corte, una política de Estado todavía ausente” de julio de 2017, el Cuerpo Colegiado ha manifestado que los objetivos impuestos por el tribunal “se hallan altamente incumplidos”.

De acuerdo con el Cuerpo Colegiado,²⁵ a ello se suman las dificultades en el desarrollo de políticas de coordinación por parte de Acumar, y el débil compromiso puesto de manifiesto por las jurisdicciones de la provincia de Buenos Aires, la ciudad de Buenos Aires y el Estado nacional que la integran. En su informe más reciente de julio de 2017, este organismo señaló la persistencia de la inestabilidad institucional de ACUMAR, en tanto, durante el nuevo gobierno, cambió dos veces su jerarquía institucional y tres veces su presidencia y continúan vigentes evidentes problemas de gestión y de coordinación de las distintas jurisdicciones.²⁶

23 *Ibid.*, resolución del 27/12/2016, considerando 2.

24 *Ibid.*, considerando 3.

25 Cuerpo Colegiado, Informe presentado a la Corte Suprema con ocasión de la audiencia del día 30 de noviembre de 2016.

26 Cuerpo Colegiado, Informe “9 años del fallo de la Corte, una política de Estado todavía ausente”, julio de 2017.

Con relación al cumplimiento de los objetivos fijados por la Corte (mejorar la calidad de vida de los habitantes, recomponer el ambiente y prevenir daños futuros), es posible destacar algunos logros positivos que se han producido en la implementación de la sentencia, como el progreso en la limpieza de las riberas del Riachuelo y la superficie de agua, que hizo que se retiraran 170.000 toneladas de residuos de las riberas y 18.600 toneladas del agua; un mayor ejercicio del control de la regulación estatal sobre las instalaciones industriales ubicadas en el área y el desalojo de los negocios instalados ilegalmente en las riberas, lo que ha producido una ganancia de 38.813 metros en el camino de sirga (el área de 35 metros de ancho que transcurre paralela al curso principal del río) (FARN, 2013, p. 2), y el inicio de un proceso de inspección y registro de las instalaciones industriales con el fin de controlar la contaminación industrial de la cuenca.²⁷

Sin embargo, en otros asuntos no se han registrado avances, de acuerdo a lo señalado por el Cuerpo Colegiado.²⁸ En materia de salud sigue sin cumplirse la elaboración de los estudios epidemiológicos, mapa de riesgo ambiental y diagnóstico de todas las enfermedades de origen ambiental. Desde el año 2008, no se han identificado cuáles son las enfermedades prevalentes en la cuenca asociadas a la contaminación del agua, el aire y el suelo. La información que brindaría un mapa de riesgo resulta fundamental para conocer los daños por prevenir y, posteriormente, para determinar el ordenamiento del territorio.²⁹

Con relación al acceso a un hábitat digno y la situación de villas y asentamientos precarios, se formuló el Plan de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios en Riesgo Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo, y se adoptó el Convenio Marco firmado en 2010 para el cumplimiento de dicho plan entre el Estado nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la provincia de Buenos Aires y los 14 municipios que integran la cuenca. El plan que —contempla soluciones

27 Para septiembre de 2013, según Acumar, se habían identificado 23.552 instalaciones activas y de ellas 1.650 fueron declaradas oficialmente “agentes contaminantes”; en esa fecha 408 de estas últimas habían culminado programas de reconversión industrial (ver página web oficial de Acumar: Acumar.gov.ar).

28 Cuerpo Colegiado, Informe presentado a la Corte Suprema con ocasión de la audiencia del día 30 de noviembre de 2016.

29 Esta herramienta consiste en la ubicación geográfica de las amenazas ambientales y sus áreas de influencia, y de las condiciones de vulnerabilidad de la población, en primera instancia, y de los ecosistemas, en segunda. Así es posible identificar, localizar, cuantificar y calificar el riesgo ambiental existente, de modo de informar a la población, planificar medidas específicas para cada área y priorizar las intervenciones más urgentes.

habitacionales para 17.771 familias que viven en riesgo ambiental en el territorio de la cuenca —; no se basó en evaluaciones sociales, urbanas y ambientales que permitieran darle prioridad a los barrios y los hogares con mayores niveles de riesgo y vulneración de derechos. Asimismo, la puesta en marcha de las soluciones habitacionales previstas en aquella oportunidad ha presentado diferentes demoras, y los plazos establecidos se encuentran ampliamente vencidos. La mala calidad tanto de las ubicaciones de los conjuntos habitacionales como de la edificación de las unidades de vivienda ha consolidado situaciones de exclusión social y pésimas condiciones de habitabilidad para las familias con mayores necesidades. La inexistencia de una política de ordenamiento territorial y gestión del suelo coordinada entre Acumar y las jurisdicciones locales implicó que los nuevos barrios se construyan en los terrenos residuales que no utiliza el mercado inmobiliario y que son aquellos de peor calidad urbana y ambiental. Las fallas constructivas han abarcado toda la escala de las soluciones desde las de las redes de servicios urbanos hasta las registradas en múltiples detalles constructivos de los locales edificados.

Con relación con la cobertura universal de los servicios de agua potable y saneamiento cloacal dentro de la cuenca, de acuerdo al Informe del Cuerpo Colegiado,³⁰ se requieren obras de infraestructura de gran envergadura, muchas de las cuales fueron previstas en los planes directores de las empresas de agua (AySA y ABSA). Se observa que la función primordial de Acumar de controlar la ejecución de las obras previstas, garantizar que los planes de expansión prioricen la atención a los sectores más vulnerables y regular el impacto ambiental de los planes, obras y vertidos de las plantas de tratamiento de efluentes cloacales es superada por la autonomía de las empresas en esta materia y la ausencia de controles por parte de la autoridad de la cuenca.

Con relación a la recomposición del ambiente, en el caso de la calidad del agua, el Cuerpo colegiado³¹ afirmó que la Acumar adoptó resoluciones que no hacen más que viciar los proyectos de reconversión industrial que permiten seguir contaminando y se malgastan los recursos destinados a esos proyectos. Con relación a la recomposición de la calidad del aire, el Cuerpo Colegiado³² señaló que no se han adoptado hasta la fecha medidas para controlar en sus fuentes las emisiones de gases y partículas contaminantes.

30 Cuerpo Colegiado, Informe presentado a la Corte Suprema con ocasión de la audiencia del día 30 de noviembre de 2016.

31 *Idem.*

32 *Idem.*

Subsiste, a su vez, la necesidad de adoptar medidas para morigerar el riesgo ambiental en el denominado Polo Petroquímico Dock Sud.³³ Este riesgo crea afectaciones concretas para la salud de la población expuesta (ACIJ y Junta Vecinal de Villa Inflamable, 2012) en la zona de mayor deterioro ambiental en la Cuenca (Cuerpo Colegiado, 2013). De acuerdo con el Cuerpo Colegiado,³⁴ hasta el año 2016 no se había logrado reconvertir a los 15 agentes contaminantes declarados dentro del puerto. Tampoco se identificaron los pasivos ambientales localizados en este parque industrial, mientras las tareas para dar una solución habitacional a los que allí viven continúan postergándose sin fechas ciertas para su concreción.

Con relación al saneamiento de basurales a cielo abierto y la gestión integral de residuos sólidos, se puede consignar como un dato positivo la reducción de la cantidad de basurales a cielo abierto.³⁵ Sin embargo, las acciones realizadas no resultan suficientes, en tanto la formación de basurales clandestinos es la consecuencia de una defectuosa gestión de los residuos que hasta el presente no se ha modificado. En este sentido, según sostiene el Cuerpo Colegiado, se debe superar el actual paradigma, basado en la recolección y el enterramiento indiscriminado, e implementar una estrategia de gestión integral de residuos con objetivos de minimización, separación en origen y recolección diferenciada para su procesamiento y adecuada disposición final (Cuerpo Colegiado, 2015).

En este contexto, la Corte Suprema en su resolución del 27 de diciembre de 2016, posterior a la audiencia pública de noviembre del mismo año, además de exigirle a la Acumar que establezca un sistema de indicadores, también le reclamó la presentación de un “informe en el cual se detalle [...] un calendario con los objetivos de corto, medio y largo alcance para cada uno de los objetivos del programa de intervención. Dicho informe deberá indicar el plazo de cumplimiento de cada uno de ellos. En aquella resolución, la Corte también identificó temas prioritarios: “a) control de la contaminación industrial, b) saneamiento de basurales y limpieza de márgenes, c) expansión de la red de agua potable y cloacas, d) relocalización de villas y asentamientos precarios, e) plan sanitario de emergencia, y f) calidad ambiental”. En cada uno

33 En el marco del Plan Integral de la Cuenca Matanza Riachuelo, el Polo Petroquímico Dock Sud es considerado prioridad debido al deterioro ambiental del área en cuestión.

34 Cuerpo Colegiado, Informe presentado a la Corte Suprema en ocasión de la audiencia del día 30 de noviembre de 2016.

35 De acuerdo con el informe de FARN (2013), se habrían removido unos 100 basurales a cielo abierto, sobre un total de 360 existentes en la cuenca.

de estos temas señaló cómo debía avanzarse para alcanzar los objetivos exigidos en la sentencia,³⁶ ante la evidencia de falta de cumplimiento.

Con relación al caso identificado como Cárceles de la provincia de Buenos Aires (caso 2), se puede sostener que a pesar de haber pasado más de diez años desde la sentencia, se han producido pocas mejoras sustanciales en las condiciones de detención, e incluso, en los últimos dos años, las condiciones empeoraron y los indicadores de reducción de la tasa de encarcelamiento han vuelto a crecer. Los detenidos en la provincia de Buenos Aires continúan enfrentando la dura realidad de la sobrepoblación carcelaria y las violaciones de los derechos fundamentales. La Corte Suprema exigió detener el uso de las celdas de las comisarías como lugares de encarcelamiento, y la armonización de las condiciones carcelarias con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Estas órdenes se han seguido escasamente, no se han diseñado ni acordado políticas públicas para abordar la grave crisis carcelaria,³⁷ y tampoco han sido tenidas en cuenta en un contexto de agravamiento de las condiciones de detención en la provincia.³⁸

En lo que se refiere a las condiciones materiales de detención en las comisarías (que fue el problema que dio lugar a la demanda original ante la Corte Suprema), la provincia de Buenos Aires había reconocido que la práctica es absolutamente inadecuada y había adoptado medidas para eliminarla de manera permanente. En línea con este reconocimiento, el número de detenidos en las comisarías se había reducido significativamente. En diciembre de 2011 había 1.069 detenidos; eso representaba una gran reducción con respecto a las 6.000 personas detenidas en ellas en el momento en el que se presentó el caso.

El Ministerio de Justicia y Seguridad de la provincia de Buenos Aires ordenó el cierre gradual de las celdas de las 138 comisarías y la reubicación de los detenidos en otras instalaciones del sistema provincial, como las prisiones construidas para reemplazar las comisarías como centros de detención.³⁹ Además, en línea con la decisión de la Corte

36 CSJN, caso Mendoza, decisión del 27 de diciembre de 2016, considerando 4.

37 Véase presentación de CELS a la Corte Suprema para informar del incumplimiento de la decisión de mayo de 2005.

38 Véase resolución 642/2014 del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, por la que se rehabilitaron calabozos o lugares de encierro en establecimientos policiales que habían sido clausurados de manera definitiva en los años 2011 y 2012, como consecuencia del fallo Verbitsky.

39 Los datos estadísticos muestran que la administración actual (octubre de 2013) ha usado otros enfoques. Ver CELS (2012).

de 2005, no es posible mantener detenidos en las comisarías a niños o adolescentes, salvo que así lo ordene un juez.⁴⁰

Sin embargo, aquella reducción de personas privadas de libertad en comisarías volvió a revertirse para fines del año 2013 y durante el 2014, por lo que a fines de este último año había 2.235 personas privadas de libertad en establecimientos policiales,⁴¹ y para fines de 2016, el número ascendió a 3.014 personas,⁴² dado que los calabozos que habían sido clausurados volvieron a habilitarse en mayo del 2014 en el marco de la declaración por el gobierno provincial de una situación de emergencia en materia de seguridad, a través de una resolución administrativa,⁴³ sin ningún tipo de control judicial en el marco del proceso de ejecución de este caso.

Además, aunque el traslado progresivo de los detenidos fuera de las comisarías mostraba un avance importante para los años 2012 y 2013 en la implementación de la decisión de la Corte Suprema, el problema de sobrepoblación se trasladó a las penitenciarías o prisiones. Aunque la población carcelaria se redujo inicialmente, a principios de 2008, y después de que una nueva administración se hiciera cargo de la Rama Ejecutiva de la provincia, el número de personas en custodia volvió a crecer nuevamente hasta 29.557 en el 2009.⁴⁴ Esa cifra se había estabilizado en torno a las 30.000 personas hasta el 2015; a partir de este año, la tasa de encarcelamiento empezó a ascender de manera significativa. Para el mes de febrero de 2017, la población privada de libertad en la provincia era de 38.089 personas.

El problema estructural sigue estando ahí: los detenidos son más que el número de camas disponibles en las prisiones.⁴⁵ En consecuencia, los distintos gobiernos de la provincia de Buenos Aires no han ejecutado una política apropiada para la modificación del estado de cosas que advirtió la Corte Suprema, cuando resolvió el fallo sobre cárceles en la provincia de Buenos Aires.

40 Resolución 2672/11 del Ministerio de Justicia y Seguridad de la provincia de Buenos Aires.

41 Véase CELS (2015).

42 Datos elaborados por el CELS sobre la base de datos del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

43 Resolución del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires núm. 642/2014, publicada en el *Boletín Oficial* de la Provincia de Buenos Aires, 23 de junio de 2014.

44 De los cuales 4.507 estaban detenidos en comisarías. Recordemos que el número de personas en comisarías había descendido de manera significativa para los años 2011 y 2012.

45 Según datos proporcionados por CELS.

Otra deficiencia clara de la implementación es la falta de progreso en el trabajo de la Mesa de Diálogo establecida por la Corte Suprema en su decisión de 2005. No podemos identificar una acción positiva proveniente de este ámbito que merezca la pena mencionar. Según la decisión de la Corte, la Mesa de Diálogo debía constituir un marco para discutir el contenido y la efectividad de un plan de intervención para prisiones y una política penitenciaria. En lugar de eso, el gobierno provincial le quitó el propósito y lo debilitó institucionalmente.

Uno de los efectos positivos atribuibles a la decisión de la Corte fue la creación de una “Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertades”, ordenada por la Corte Suprema provincial. Además, después de una audiencia pública convocada por esa Corte en noviembre de 2007, se adoptó un nuevo sistema de visitas carcelarias para jueces. Este despacho, activo desde noviembre de 2010,⁴⁶ está principalmente a cargo de gestionar los programas de visitas a las instalaciones de detención. También funciona como un mecanismo de supervisión de las decisiones de la Corte Suprema relativas a los estándares de detención y del cumplimiento por parte de los jueces de las obligaciones derivadas de esas decisiones.⁴⁷ Otro desarrollo fundamental es la reforma de la ley de ejecución penal en 2011.⁴⁸ Este código revisado introdujo algunos de los estándares incluidos en las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* de las Naciones Unidas, así como herramientas para atender de forma más efectiva las violaciones de los derechos de las personas en custodia,⁴⁹ y para diseñar políticas públicas que reconozcan el alcance y la gravedad del problema.

A pesar de estos efectos, los problemas estructurales que afectan a las personas en custodia en la provincia de Buenos Aires, sin duda alguna, permanecen. Además, aun si la sentencia fue muy clara en sus términos, no se ha modificado sustantivamente ninguna política de detención. De hecho, el supuesto subyacente —que la solución es aumentar la capacidad carcelaria— sigue intacto.

Implementación de condiciones institucionales previas

Sin perjuicio de las conclusiones anteriores relativas a las dificultades de implementar las sentencias estructurales, hemos observado que las

46 Resolución de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires 3523/10.

47 Resolución de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires 3415/08.

48 Ley 14.296 de la provincia de Buenos Aires.

49 Por ejemplo, crear como precedente judicial un *habeas corpus* de naturaleza colectiva como mecanismo para denunciar violaciones generalizadas de los estándares mínimos aplicables a las condiciones de detención (Borda, en prensa).

órdenes judiciales y los remedios que ellas disponen contribuyen a que se construyan ciertos requisitos institucionales necesarios para corregir las violaciones de derechos que originaron los casos correspondientes. Si adoptamos una perspectiva más general e incluimos en nuestro análisis sobre implementación otros hechos resultantes de los casos, no relacionados de forma directa e inmediata con la restitución de los derechos violados, podemos identificar efectos palpables, como los relativos a la creación de la infraestructura institucional necesaria para implementar la decisión judicial.

Contaminación del Riachuelo (caso 1) constituye un buen ejemplo. A pesar de las dificultades de implementación y de la falta de progreso en la creación de los cambios sistemáticos necesarios para solucionar totalmente la contaminación y reparar los derechos afectados, a partir de este caso han aparecido ciertas condiciones preliminares indispensables para restituir los derechos correspondientes. La Corte Suprema tuvo en cuenta la gravedad del daño medioambiental, la superposición burocrática de funciones y los diversos procesos jurídicos, presupuestarios, institucionales y sociales requeridos para abordar el problema antes de su decisión. Por tanto, el aspecto más relevante con respecto a la situación de la implementación consiste en la creación de condiciones institucionales que no existían antes de la sentencia judicial.⁵⁰

Una condición institucional fundamental fue la creación de un órgano interjurisdiccional, Acumar, a cargo de dirigir todas las acciones relevantes para el cumplimiento y asumir la responsabilidad por el progreso de la implementación. En otras palabras, la responsabilidad de hacer cumplir las medidas establecidas en la decisión, entre las cuales estaba la de diseñar e implementar las políticas públicas necesarias para solucionar las condiciones de la cuenca, se asignó a un único organismo, integrado por varias entidades del Estado. Además, a raíz de las medidas judiciales se diseñó el Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo (PISA). Por último, aunque no menos importante, como condición necesaria para implementar la decisión se ordenó la realización de estudios sobre contaminación ambiental y estado de salud de la población afectada. A su vez, durante el proceso de implementación se ha identificado la necesidad de adoptar un sistema de información público que proporcione datos detallados y actualizados, de manera concisa y accesible para el público general.

50 Esto puede caracterizarse como un efecto de desbloqueo. Véase el caso colombiano de la Corte Constitucional Colombiana sobre las personas internamente desplazadas (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010, p. 123).

Por tanto, el caso muestra, por un lado, las dificultades de implementar las decisiones y de mejorar efectivamente las condiciones de vida para los residentes de la cuenca de Matanza-Riachuelo, como reflejo de la complejidad y la gravedad de la situación. Por otro, da muestra de la extensión de la etapa de implementación y su conversión en un proceso ampliado, cuyo eje inicial incluye la creación de herramientas, instituciones y mecanismos necesarios para garantizar la salud ambiental y el acceso a un hábitat digno por parte de la población afectada a mediano y largo plazo. Previa a la intervención de la Corte Suprema, este problema, y lo que es más importante, las personas más directamente afectadas por él, estaban abandonadas por aquellos institucionalmente responsables: el Estado estaba ausente. Después de la presentación de la demanda judicial, la organización del Estado, si bien con insuficiencias, errores y a un ritmo lento, se ha tenido que activar para producir las herramientas necesarias a fin de diseñar y proporcionar respuestas. No obstante, no puede dejar de reiterarse que los resultados obtenidos en relación con la efectiva restitución de los derechos vulnerados son por demás insatisfactorios, y muchos afirman que el proceso se dirige al fracaso.

La participación de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) en el Cuerpo Colegiado la ha llevado a declarar que, dada la complejidad y gravedad del caso, su destino no puede depender de forma exclusiva de las acciones de los jueces, los organismos de control, los residentes y las organizaciones de la sociedad civil. En lugar de eso, las acciones deben basarse en una política estatal integral sobre el Riachuelo. Hasta ahora, esa política no se ha desarrollado (FARN, 2013), afirmación que lamentablemente continúa.

En ese mismo sentido, en Cárceles de Buenos Aires (caso 2) podemos identificar la existencia de algunas condiciones institucionales previas, como el estudio de la situación de las prisiones en la provincia, y sobre las condiciones de detención que permitan contar con datos como insumos en los procesos de creación de políticas relativas a la sobrepoblación carcelaria. Además, la creación de un organismo administrativo específico dentro de la propia estructura del poder judicial de la provincia de Buenos Aires para ocuparse de este problema, el desarrollo de un mecanismo de visitas para los funcionarios judiciales, el establecimiento de normas para las visitas jurisdiccionales e institucionales, y la centralización de la base de datos sobre casos de *habeas corpus* son medidas que proporcionan bases para hacer progresivamente efectivos los derechos de las personas en custodia, en caso de que exista la voluntad política para ello.

Por tanto, en ambos casos (si bien en menor medida en el de

Cárceles de Buenos Aires), la intervención del tribunal contribuyó a la creación de algunas condiciones institucionales previas necesarias para dar una respuesta apropiada a la violación de los derechos correspondientes.

Cabe plantear que los problemas sistémicos o los conflictos relacionados con las violaciones de derechos que los actores políticos no solucionaron (o incluso hayan podido agravar) durante largos periodos de tiempo, difícilmente pueden ser resueltos de manera inmediata o en un corto periodo de tiempo como consecuencia de la intervención de los tribunales. Según nuestro análisis, es necesario promover la creación de herramientas y capacidades (es decir, las instituciones necesarias) así como identificar, reconocer y ocuparse de los déficits institucionales que bloquean las soluciones estructurales y de largo plazo, a fin de poder implementar respuestas definitivas. A diferencia de los casos individuales (en los que la implementación de una decisión podría lograrse de manera más inmediata), en los casos estructurales es a menudo necesario transitar una etapa que llamaríamos “fase preliminar” ligada al desarrollo de las capacidades estatales inexistentes antes de las sentencias, con el fin de satisfacer los reclamos concretos y proporcionar las respuestas estatales específicas que conseguirán hacer efectivos los derechos vulnerados.

Por esta razón, en ocasiones la intervención de un tribunal pone de manifiesto debilidades institucionales, con frecuencia ligadas a la falta de voluntad política y capacidad de gestión, que requieren atención. Si bien el papel del compromiso político no puede menospreciarse, debe destacarse que la ausencia de datos fiables relativos a una situación que exige transformación, de infraestructura institucional apropiada, o de interacción fluida entre los organismos estatales relevantes, a veces impide el desarrollo y la implementación de políticas públicas integrales, coordinadas y sostenibles.

Así, cuando se enfrentan a casos con un mayor grado de estructuralidad, los tribunales necesitan promover la creación de la estructura institucional indispensable para restaurar los derechos violados. Ello funcionará como un catalizador de las acciones que otros poderes estatales deban acometer, y resulta esencial a fin de supervisar su ejecución. El desarrollo de esa estructura exige mucho tiempo y esfuerzo. A menudo se convierte en el centro de atención de las partes vinculadas al proceso judicial, al menos durante la etapa inicial de implementación de la decisión. No parece haber alternativa: es improbable obtener resultados positivos de cara a las cuestiones subyacentes fundamentales de un caso sin contar con datos relevantes, funcionarios y organismos administrativos coordinados, planes de acción bien definidos

y coherencia entre políticas públicas, pues esto daría lugar, probablemente, a un proceso errático e insostenible. Sin embargo, desde la perspectiva del cumplimiento, esa debilidad institucional incrementa los retos y alarga el tiempo de implementación.

La actitud del tribunal: a mayor compromiso, mayores chances de implementación

Del estudio de los casos hemos podido advertir que el compromiso del tribunal con la efectiva implementación de su sentencia se transforma en una variable clave teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento procesal no existe un procedimiento pautado que le imponga obligaciones claras. Tampoco existe un curso de acción definido para ejecutar las sentencias que implican obligaciones positivas y remedios complejos en el marco de casos colectivos. El tribunal puede “refugiarse” en la falta de regulación, sin incurrir en omisiones legalmente imputables.⁵¹ Cuando esto ocurre, los casos —tanto colectivos como colectivos estructurales— se hacen de difícil implementación. En consecuencia, los tribunales comprometidos con la resolución positiva de sus casos deben instituir procedimientos *ad hoc*, que si bien están permitidos dentro de su margen de acción, no resultan obligatorios. Por ello, se encuentran frente a situaciones novedosas para la función judicial en las que pueden razonablemente sentirse inseguros respecto del curso de acción que se va a adoptar. Esta situación puede generar resistencia a desarrollar una actividad intensa en un marco de ausencia de regulación y ante procesos que rompen el paradigma de la actuación judicial tradicional. En muchos casos, esta actitud se profundiza y los tribunales se comportan de manera conservadora, y rechazan experimentar y establecer mecanismos de su propia autoría que van contra los principios del derecho procesal tradicional.⁵² Con el actual ordenamiento procesal perciben que cumplen con su función a pesar de hacer poco para lograr la

51 Los códigos procesales aplicables a los casos objeto de estudio no establecen un procedimiento específico que regule la ejecución de sentencias complejas. Si bien los jueces cuentan con algunas herramientas previstas en las normas procesales para la ejecución de decisiones tradicionales, lo cierto es que nuestro sistema institucional carece hoy en día de un esquema de normas particulares dirigidas a instrumentar sentencias complejas, que involucran obligaciones de hacer, la revisión o redefinición de políticas públicas generales, la coordinación de distintas agencias estatales, etc. Nuestros códigos procesales se enmarcan dentro de una concepción liberal del derecho donde los intereses / derechos colectivos y las formas para implementarlos no han sido contemplados.

52 Como asumir una actividad “instructora”, involucrar y coordinar diferentes áreas del Gobierno, ordenar la producción de información, dirigir procesos de diálogo entre actores no necesariamente cooperativos, etc.

efectiva implementación de sus decisiones y actuar solo a instancia de parte. Más aún, consideran que comportarse de otra manera iría contra los límites que vislumbran para la actuación del poder judicial. Debe tenerse en cuenta que ciertas herramientas que los códigos procesales sí proveen pueden ser de gran valor o inocuas, según su utilización judicial. En efecto, los códigos contienen previsiones que pueden ser de valiosa utilización en procesos complejos, si son aplicadas enérgica y creativamente: la posibilidad de convocar a audiencias con distintas finalidades, realizar inspecciones oculares, designar expertos e interventores con distintas funciones, sancionar a los profesionales que actúan en forma maliciosa, son solo algunas de ellas. Una intervención judicial determinada a utilizar de manera eficiente estas herramientas incrementa notablemente las posibilidades de implementación de una decisión, en comparación con otra apegada al principio dispositivo y reticente a resignificar el valor y potencial de los instrumentos que brindan los códigos a la luz de los procesos colectivos.

Algunos de los casos analizados ejemplifican cómo el rol activo asumido por el tribunal en la solución del caso ha contribuido a su exitosa implementación, preservando los derechos en juego y reafirmando la autoridad del poder judicial. Veamos.

En Mapa nutricional (caso 6), el juzgado llevó a cabo un gran número de audiencias para abordar las dificultades técnicas involucradas en el diseño de un mapa nutricional y seleccionar indicadores apropiados. Durante estas audiencias se instó a las partes a superar sus desacuerdos y se promovió fuertemente el diálogo. Durante ese diálogo quedó clara la necesidad de conseguir asistencia de expertos, lo cual colaboró a crear el consenso que en última instancia llevó a la implementación de la sentencia.

En Aulas *containers* (caso 7), la actitud del juez colaboró en prevenir que la naturaleza compleja del caso y los procedimientos que en parte se superponían acabaran por retrasar una decisión (Maurino y Nino, 2009, p. 196). El demandado fue advertido con la imposición de medidas coercitivas y el juez convocó una audiencia en el lugar de los hechos con presencia de las partes; ambos factores fueron decisivos para conseguir una implementación rápida que suprimiera los contenedores como aulas de clase y espacio alternativo para las actividades educativas.

En el caso Vacuna Candid 1 (caso 10), la Cámara en lo Contencioso Administrativo decidió abocarse a la supervisión de la implementación de la sentencia⁵³ adoptando una actitud enérgica. Esta supervisión

53 Luego del dictado de la sentencia y una vez abierto el proceso de ejecu-

incluyó una visita al predio en el que se debía producir la vacuna a fin de verificar el avance de las obras que el Estado alegaba estar realizando; la convocatoria a una audiencia entre todas las partes interesadas para analizar las causas y responsabilidades del incumplimiento de la sentencia y del cronograma definido por las propias autoridades políticas; la citación a la máxima autoridad en el área salud —el Ministro de Salud— para que brindara explicaciones unificadas y a fin de hacerla responsable por la falta de implementación de la sentencia. También estableció un procedimiento de control poniendo en cabeza de la Defensoría del Pueblo de la Nación el seguimiento del cronograma fijado, y de la Sindicatura General de la Nación (Sigen) la ejecución del presupuesto asignado, a través de un informe periódico en el que debía dar cuenta de los avances en la producción de la vacuna.⁵⁴ En suma, el proceso de implementación de la ejecución de la sentencia estuvo signado por la celebración de numerosas audiencias con todas las partes involucradas que le permitieron a los jueces ir monitoreando periódicamente —con la colaboración de los informes que presentó la Defensoría del Pueblo de la Nación y la Sindicatura General de la Nación— los avances en el proceso. Finalmente, en el año 2006 se completaron todos los pasos necesarios para la fabricación de la vacuna Candid 1.

En cuanto al caso colectivo estructural Contaminación del Riachuelo (caso 1), la Corte Suprema decidió establecer criterios de seguimiento mediante la definición de mecanismos de evaluación y supervisión de las medidas adoptadas y sus efectos. En este caso, la Corte nombró un juez federal que asumió el control exclusivo de todos los asuntos relacionados con el proceso de implementación. Además, fue creado un Cuerpo Colegiado del que formaban parte el defensor nacional

ción ante el juzgado de primera instancia, la Cámara de Apelaciones decidió abocarse a la supervisión de la fase de implementación en el marco de la apelación de una sanción económica por la falta de cumplimiento del cronograma fijado para la producción de la vacuna definido en la sentencia.

54 En materia de control presupuestario, los jueces ordenaron a la Sindicatura General de la Nación —organismo encargado del control interno de la gestión y eficacia de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional— la realización de una auditoría sobre el control de la gestión del cronograma para producir la vacuna, específicamente en lo atinente a la gestión contable, administrativa y financiera, el estado de avance de los pasos del mentado cronograma y, en caso de incumplimiento, a las razones que lo habrían motivado. Asimismo, en el mes de diciembre de 2001, dado que estaba en proceso de elaboración el proyecto de presupuesto que el Poder Ejecutivo debe enviar anualmente al Congreso, el tribunal requirió a este órgano que le informara si existía la previsión presupuestaria para atender a los gastos que generaría el proceso de producción de la vacuna Candid 1 y, en caso afirmativo, le requirió que acompañara el programa correspondiente.

del pueblo y las organizaciones no gubernamentales participantes en el caso como terceros interesados; de este modo se abrió —al menos inicialmente— un espacio para la participación y la supervisión del proceso de implementación.

De hecho, la Corte Suprema, con el fin de promover el cumplimiento de su decisión, debió intervenir desde 2010, teniendo en cuenta la falta de progresos reales. La Corte exigió entregar informes relativos a todas las órdenes formuladas en la decisión del 8 de julio de 2008. Exigió que los informes incluyeran información precisa, basada en directrices cuantitativas, sobre el grado de cumplimiento conseguido en cada objetivo establecido en el programa remedial.⁵⁵ En varias ocasiones, después de revisar la información entregada por Acumar, la Corte subrayó la necesidad de ocuparse de los incumplimientos y adoptar medidas específicamente definidas.⁵⁶

El desarrollo del proceso de implementación se apoyó en citaciones a audiencias ante el tribunal encargado de la ejecución de la decisión o ante la propia Corte Suprema. Estas pretendían discutir las medidas potenciales, evaluar las medidas ya implementadas y modificar la conducta estatal que pudiera obstaculizar el proceso de implementación.

Además, la Corte Suprema introdujo mecanismos de implementación *ad hoc*, y también un sistema especial de apelaciones relacionado con cada una de las cuestiones surgidas del proceso de implementación. El objetivo de esta medida fue prevenir los retrasos en la toma de decisiones por el juez encargado, la fragmentación del caso entre varios tribunales y los conflictos potenciales resultantes de esos retrasos y esa fragmentación.⁵⁷ En 2012, la Corte celebró una audiencia para examinar la conducta del juez de instancia encargado de la ejecución de la sentencia acusado de irregularidades, tras lo cual decidió retirar el caso del tribunal cuestionado.⁵⁸

La Corte tuvo una respuesta errática puesto que demoró otra intervención durante un lapso de cuatro años, y en la audiencia de noviembre de 2016 y la resolución de diciembre del mismo año precisó con mayor rigor las obligaciones a cargo de la Acumar, los detalles con los que debe presentar la información para evaluar los avances

55 CSJN, “Mendoza”, resoluciones de 6 de abril de 2010 y 26 de mayo de 2010.

56 Algunos ejemplos de ello pueden encontrarse en: CSJN, “Mendoza”, resoluciones de 10 de agosto de 2010 y 19 de diciembre de 2012.

57 CSJN, “Mendoza”, resolución de 10 de noviembre de 2009.

58 El proceso de ejecución de la decisión se ha dividido ahora entre dos tribunales conforme a la decisión de la Corte Suprema de 19 de diciembre de 2012.

sustanciales, fijó plazos para la presentación de informes y la definición de un calendario de avances por objetivo, e indicó cuáles son las obligaciones de los jueces a cargo de la supervisión de la implementación del fallo.⁵⁹ Existen serias dudas de que esta intervención de la Corte pueda dar nuevo impulso a un proceso que se encuentra en un estado de estancamiento severo y que registra falta de progresos sustantivos.

De esta manera, los casos Mapa nutricional (caso 6), Aulas *containers* (caso 7), Vacuna Cándid 1 (caso 10) y Contaminación del Riachuelo (caso 1) muestran algunas herramientas técnicas disponibles para los tribunales para lograr la implementación, cuyo éxito se hace considerablemente más difícil cuando el tribunal adopta una posición que muestra escaso compromiso con la implementación efectiva, bajo argumentos formalistas que justifican su rol pasivo. Las consecuencias negativas de una actitud pasiva son más notorias en casos estructurales, cuando una conducta comprometida y activa es clave para conseguir la ejecución de las órdenes.

Es cierto que los casos colectivos suelen enfrentar una resistencia mucho mayor que los individuales, lo que puede complicar la implementación de la decisión. Sin embargo, cuando se comparan con los casos estructurales, los tribunales pueden configurar, en los primeros, procesos de ejecución de la sentencia que se parezcan más al utilizado en los individuales. Las órdenes pueden incluir la adopción de ciertas acciones fácilmente identificables, aunque afecten a un grupo en lugar de a un individuo; son generalmente más limitadas en el tiempo; más sencillamente mensurables e involucran a un número limitado de agentes estatales.

Por ejemplo, en el caso Transporte escolar (caso 9), aunque hubo cientos de personas afectadas y la resolución requería múltiples medidas, como la asignación de una partida presupuestaria nueva, el diseño de una ruta para los micros, el nombramiento de celadores, la contratación de una empresa de micros escolares y la creación de un sistema de registro, el demandante podía identificar a los responsables de adoptar esas decisiones, exigir una respuesta y presionar a las autoridades para que implementaran la decisión, lo cual se reforzaba mediante la celebración de audiencias judiciales y la solicitud de medidas provisionales.

Estos elementos de los casos colectivos hacen que sea más plausible su control para lograr el efectivo cumplimiento utilizando las

59 CSJN, caso "Mendoza", resolución del 27/12/2016, considerando 5.

herramientas que proveen los códigos procesales en vigencia.⁶⁰ Así, una menor actividad judicial en los casos colectivos quizá pueda suplirse con la existencia y el “buen” uso por parte de los actores involucrados en el caso de reglas procesales tradicionales. En cambio, en los casos estructurales, difícilmente puede suplirse la falta de una intervención judicial activa, circunstancia que, según vimos, parece tener una estrecha relación con procesos de implementación en mayor o menor medida satisfactorios, y, con ello, de la restauración de los derechos afectados. En estos casos, parecería que la conducta judicial activa es un presupuesto clave para la efectiva ejecución de la sentencia.⁶¹

El hecho de que el tribunal dirija o facilite el proceso de implementación, y al mismo tiempo fortalezca su propia autoridad al hacerlo, es una condición *sine qua non* para que una decisión tenga alguna posibilidad de materializarse en la práctica. La implementación puede conseguirse mediante la generación de espacios de diálogo en los que las partes puedan llegar a alcanzar soluciones consensuadas, los tribunales puedan imponer decisiones de una forma más vertical, o hacer uso de las pocas herramientas procesales disponibles de manera creativa y firme. Por tanto, en el marco institucional argentino son necesarios jueces y juezas excepcionales, que estén preocupados por reforzar su propia autoridad en el caso, y que asuman que la implementación exitosa de sus decisiones tiene efectos en su propia legitimidad y en la legitimidad de los tribunales en su conjunto.

En Cárceles de Buenos Aires (caso 2), por ejemplo, la intervención de la Corte Suprema se limitó a emitir una decisión en 2005. El tribunal

60 Entre otras, audiencias ordenatorias, multas, amenaza de incumplimiento de deberes de funcionarios, embargo de partidas.

61 Owen Fiss, en su célebre trabajo sobre litigio estructural en Estados Unidos, señala el rol diferencial que este tipo de procesos parece exigir a los tribunales; un rol más activo que el que reclama la solución de un caso tradicional: “La etapa remedial en el litigio estructural está lejos de ser episódica. Tiene un comienzo, quizá un medio, pero no un final —bueno, casi no tiene final—. Implica una relación extendida y continua entre el juez y la institución; está comprometida, no con la implementación de un remedio ya dado, sino con el otorgamiento o diseño del remedio mismo. La tarea no es declarar quién tiene razón y quién no, tampoco calcular el monto del daño, o dictar una resolución para detener un acto particular. La tarea es remover la condición que amenaza los valores constitucionales. En algunos casos, donde la desinstitucionalización es posible, como en el campo de la salud mental, cerrar una institución puede ser una opción viable. En la mayoría de los casos, escuelas, prisiones, agencias de seguridad social, departamentos de policía y autoridades en materia de vivienda, por ejemplo, esa opción no está disponible. Entonces, el remedio supone a un tribunal envuelto nada menos que en la reorganización de una institución en funcionamiento, de modo de remover la amenaza que ella presenta a los valores constitucionales. La jurisdicción de la corte durará cuanto persista la amenaza” (Fiss, 1979, pp. 27-28) (traducción propia).

no fue más allá y no definió mecanismos de seguimiento para las medidas concebidas para implementar la decisión. La Corte ha estado casi inactiva frente a los altibajos de la Mesa de Diálogo, cuya convocatoria encargó al gobierno de la provincia de Buenos Aires en su sentencia. No reaccionó cuando la Mesa de Diálogo dejó de funcionar y no hizo nada para promover su reactivación (Filippini, 2007). Tampoco le solicitó al Poder Ejecutivo de la provincia información sobre las medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas detenidas. Luego de varias presentaciones por los actores del proceso desde 2006, y ante la evidencia del aumento de la tasa de encarcelamiento en la provincia a partir del año 2008, la Corte Suprema llamó a preservar “la seguridad y la integridad física” de las personas privadas de su libertad. Para ello, reclamó la intervención del máximo tribunal bonaerense.⁶² Solo a partir de este llamado a las autoridades judiciales provinciales comenzó a funcionar la Subsecretaría de Derechos Humanos de Personas Privadas de la Libertad.

Sin embargo, la decisión de la Corte Suprema no tuvo ninguna incidencia en otros procesos necesarios para implementar la decisión. En otras palabras, ni la Corte Suprema nacional, ni el máximo tribunal provincial asumieron el papel activo y firme exigido por la gravedad de la situación a la que hacían frente las personas detenidas; ello está, indudablemente, ligado al deficiente progreso de la implementación de la decisión.

La actitud del demandado: la voluntad política de “no cumplir” dificulta el proceso de implementación

Otra variable que incide en las posibilidades de implementación de las medidas judiciales es la conducta adoptada por el demandado. En concreto, cuando el demandado es el Estado, la falta de voluntad política de cumplir, que incluso puede manifestarse en una conducta abiertamente obstruccionista ante el tribunal, puede ser un obstáculo muy importante, aun para tribunales comprometidos con conseguir el cumplimiento pleno. La falta de implementación de las decisiones debido a la falta de voluntad política del demandado es aplicable a los casos colectivos y estructurales. Por ejemplo, la ausencia de una voluntad política del demandado ha sido imposible de superar por el juez en Rampas de acceso a estaciones de tren (caso 13). Por otro lado, casos como Centro de Salud El Vergel (caso 12), Transporte escolar (caso 9), Vacantes escolares (caso 3) o Mapa nutricional (caso 6) muestran una clara variación en el

62 CSJN, caso “Verbitsky”, decisión del 23 de febrero de 2010.

grado de implementación en función del compromiso de los/as funcionarios/as estatales; esos casos muestran estancamiento o avance según la actitud obstruccionista o colaborativa adoptada. En los casos individuales, esa clase de resistencia no es común debido a que, en general, lo que está en juego es una prestación individual, que con frecuencia es más sencilla de cumplir y tiene un efecto financiero menor. Cuando encuentran resistencia, las herramientas procesales disponibles en el sistema, como las sanciones económicas, son suficientes para vencer la renuencia de actores estatales o privados.

En Cárceles de Buenos Aires (caso 2), los sujetos relevantes mostraron una clara falta de voluntad política para implementar la sentencia. La sobrepoblación carcelaria fue entendida por la administración como un problema derivado de la capacidad carcelaria insuficiente (oferta); por tanto, las políticas criminales subyacentes (que causan la demanda de lugares de reclusión) nunca fueron cuestionadas. Las medidas pensadas para solucionar el problema se han limitado a la construcción de nuevos edificios y a la expansión de la capacidad de reclusión existente. Sin embargo, como determinó la Corte Suprema en su decisión de 2005, el ritmo de construcción de nuevas instalaciones nunca hubiera sido suficiente para cubrir incluso el crecimiento predecible de la población carcelaria.⁶³ El Poder Ejecutivo de la provincia negó la existencia de sobrepoblación carcelaria, y explicó que el sistema había crecido en 8.540 plazas desde diciembre de 2007 mediante el ajuste de los espacios existentes y la terminación de obras nuevas. Sin embargo, otros cálculos muestran que solo fueron añadidas 3.400 camas nuevas. El método heterodoxo que utiliza el gobierno de la provincia para contabilizar las plazas carcelarias agregadas, y su resistencia a establecer parámetros constitucionales para definir estándares en esta materia, muestran un intento por ocultar un problema histórico y dificulta la discusión sobre acciones concretas para resolver el problema de fondo.⁶⁴ Por ello, la principal pregunta es: ¿podemos concebir el proceso de implementación como una forma de desmontar posiciones políticas que: a) se oponen a una solución integral y efectiva de las violaciones estructurales de los derechos de ciertos grupos, y b) no adoptan una posición cooperativa y honesta a la hora de abordar las raíces del problema? Al menos en este caso, y según nuestras conclusiones con respecto a la variable anterior, la respuesta a esta pregunta es, cuanto menos, escéptica.

63 *Ibid.*, sentencia del 5 de mayo de 2005, considerando 31.

64 Seguimos aquí el análisis realizado por CELS en su Informe anual de 2012.

El involucramiento de las personas afectadas: su participación activa y la organización de redes de apoyo incrementa las posibilidades de implementación

Los obstáculos a la implementación causados por la actitud pasiva de un tribunal o por la resistencia a cumplir de un agente pueden superarse o debilitarse mediante la participación activa de los afectados por el caso, y también mediante alianzas estratégicas con organizaciones de derechos humanos prestigiosas, centros de investigación, organizaciones religiosas u otras instituciones sociales con capacidad para el activismo y la movilización (Abramovich, 2009, p. 46).

La existencia de una zona gris en torno a las normas procedimentales —en la cual puede refugiarse un tribunal reticente a desarrollar una actividad de conducción intensa como la que requieren los procesos complejos— subraya la importancia de la participación de los afectados y de las alianzas estratégicas, en especial, en la etapa de implementación. La presencia en la sala de audiencias de personas directamente afectadas y de organizaciones representantes de distintos sectores sociales torna más costoso para los tribunales la adopción de una actitud pasiva.

En primer lugar, se establece la clara relación causa-efecto entre la conducta judicial y la violación continuada de los derechos, que el tribunal escucha directamente de las víctimas. Las explicaciones formalistas pierden fuerza argumentativa en situaciones en las que los abusos y las violaciones de los derechos son graves y evidentes. En segundo lugar, la participación de las personas afectadas o la existencia de alianzas con organizaciones posibilitan una mayor exposición pública de la actividad judicial que de otro modo pasaría inadvertida. La actitud judicial se ve expuesta y sometida a mayor escrutinio y control por parte de una multiplicidad de actores vinculados al litigio. El proceso cobra vida y vigor con la participación activa de quienes protagonizan el reclamo y de otros grupos relevantes que brindan su apoyo. Esta participación presiona por una mayor rendición de cuentas de la labor tanto de los tribunales como de los poderes políticos implicados en la resolución del problema planteado. Además, se robustece la sensación de legitimidad del reclamo y su relevancia para diversos actores, lo que también tiende a acotar los márgenes para actitudes dilatorias o formalistas.

Por esta razón, la presencia de las personas afectadas directamente o de las estructuras de apoyo de la sociedad civil son variables importantes que tendrían efectos en la actitud del tribunal y la conducta del demandado, dado que fomentan un mayor compromiso de los

tribunales con el caso, una mayor preocupación con una reparación efectiva, y le infunden al proceso la sensación de urgencia. En ese mismo sentido, cuando las personas afectadas se encuentran presentes en la sala de audiencias se torna más difícil para los funcionarios adoptar actitudes evasivas en sus explicaciones públicas. La presencia del/a juez/a en la mesa de diálogo, junto con el hecho de que habrá un registro de las explicaciones y las promesas de los funcionarios, garantiza cierto nivel de racionalidad, coherencia y congruencia de la posición de cualquiera de las partes a lo largo del tiempo. En muchos de los casos colectivos analizados se generó un diálogo constructivo. Este diálogo contribuyó a la implementación de la decisión judicial, bajo una orientación del tribunal que garantizó cierto grado de seriedad y de compromiso. Aunque a veces se observan tácticas dilatorias, son más difíciles de mantener a lo largo del tiempo, en especial cuando el remedio judicial exigido es una medida única, concreta y factible.

En Agua potable (caso 4), la presencia de los afectados en varias de las audiencias sobre implementación abrió un debate con las autoridades (es decir, el demandado) sobre el grado de cumplimiento real de las medidas de ejecución, desde la óptica de las necesidades de las familias que buscaban acceso a este recurso. En ese mismo sentido, en Transporte escolar (caso 9), la presencia de las personas afectadas (en concreto, madres) permitió al tribunal y a los organismos estatales responsables evaluar y definir correcciones a las nuevas medidas, con el fin de garantizar el transporte desde sus hogares a los niños ubicados a mayor distancia de sus escuelas. En ambos casos, la participación directa de las personas afectadas en el proceso de implementación colaboró a garantizar la efectividad de las medidas judiciales.

Además, en los casos de la provincia de Buenos Aires, la participación activa de los grupos afectados fue identificada como una contribución significativa al proceso de implementación. Ejemplos de esto son los casos colectivos relacionados con la provisión de servicios de salud (caso 12) y el suministro de agua potable a los vecinos de un barrio del área del Gran Buenos Aires (caso 11), en el que fue decisiva la participación directa de los afectados, que se reunieron en el ámbito judicial con los funcionarios a quienes la decisión había considerado responsables de encontrar una solución. Las personas afectadas tenían también el apoyo de importantes organizaciones de la sociedad civil. Las reuniones, que comenzaron en el tribunal y continuaron más allá de su ámbito, redujeron el margen para dar respuestas evasivas; crearon un vínculo directo entre los afectados y los funcionarios, que ayudó a estos a delimitar y comprender mejor el problema, y, por último, llevó a acuerdos para establecer criterios de evaluación mínimos del

cumplimiento que consideraron tanto las necesidades de las personas afectadas como la factibilidad técnica de implementar una solución. Ambos casos culminaron con órdenes judiciales implementadas por los gobiernos municipales, a pesar de no existir antecedentes previos de participación judicial en discusiones de política pública (en especial, de política social).

Además de la presencia de los afectados en el proceso de implementación, la existencia de alianzas estratégicas entre las personas afectadas y organizaciones de renombre de la sociedad civil, o entre varios agentes institucionales, fue crucial a la hora de generar las condiciones necesarias para superar la resistencia estatal y garantizar el cumplimiento de la ciudad de Buenos Aires. En Villa La Dulce (caso 7), el proyecto de construcción de viviendas se consiguió, en gran medida, gracias a la presión continua ejercida sobre las autoridades políticas mediante una alianza entre los grupos afectados y varias organizaciones prestigiosas estatales y de la sociedad civil. La alianza incluyó a agentes sociales, como el organismo de derechos humanos que presentó la acción judicial, la pastoral social de la Iglesia católica, y organismos estatales a cargo de la promoción y la protección de los derechos humanos en la ciudad de Buenos Aires, como la Asesoría Tutelar y la Defensoría del Pueblo de la ciudad. Cada una de ellas tuvo un papel específico y poseía capacidades distintas, útiles para presionar a los agentes políticos responsables. La alianza fue un factor clave para determinar y canalizar la voluntad política del gobierno de la ciudad para que cumpliera con el acuerdo.

En ese mismo sentido, en Contaminación del Riachuelo (caso 1), la inclusión de los problemas de vivienda de los residentes como un tema relevante en el proceso de ejecución de la sentencia provino de su petición de ser parte en el proceso de ejecución.⁶⁵ A su vez, resultó determinante la elaboración de informes sobre el impacto de las medidas de relocalización y la presentación de acciones judiciales por parte de la Defensoría General y la Asesoría Tutelar, ambas de la Ciudad de Buenos Aires.

Su participación en el proceso de ejecución demostró ser indispensable, tanto para impedir las órdenes de desalojo de las familias que no tenían alojamiento alternativo, como para promover un proceso de relocalización apropiado y la implementación de procesos de urbanización en villas y asentamientos de la ribera del Riachuelo. Asimismo, la inclusión del problema de vivienda en el proceso de implementación

65 Véase Eduardo Videla, *Los olvidados de la Cuenca*, *Página/12*, 17 de junio de 2011.

de la decisión estuvo fuertemente relacionada con las denuncias reiteradas del Cuerpo Colegiado en las audiencias públicas y en el expediente, así como con el informe sobre las condiciones de vida en Villa Inflamable preparado por los miembros de la comunidad de afectados y por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia.

En el mismo caso, la exclusión del defensor del pueblo de la nación del Cuerpo Colegiado por parte de la Corte Suprema —por estar vacante el cargo—, ha implicado que ese órgano carezca de un referente con capacidad de gestión y coordinación del trabajo de supervisión y en la relación con las autoridades públicas de la Acumar y los funcionarios judiciales, lo que limita sus posibilidades actuales de incidencia en el proceso de seguimiento e implementación de la sentencia. La Corte Suprema le reclamó al Congreso en el mes de noviembre de 2016 que se iniciaran los dispositivos para concretar la designación del defensor del pueblo.⁶⁶

Conclusiones e implicaciones estratégicas

Este capítulo sobre la experiencia argentina ha subrayado la relevancia crucial de cuatro variables esenciales para explicar los diversos niveles de cumplimiento de las sentencias colectivas sobre derechos sociales. Estimamos importante enfatizar que cada una de esas variables individuales proporciona solo una explicación parcial. Si bien fueron analizadas mayormente de manera aislada, ellas operan en permanente interacción, afectándose recíprocamente. Por tanto, una decisión dictada en un caso estructural colectivo puede implementarse más rápidamente que una decisión en un caso colectivo si en el primero el tribunal adopta una actitud activa y el demandante está dispuesto a cooperar, mientras que en el segundo el tribunal es pasivo y el demandado es reticente a cumplir; en un caso con un tribunal pasivo pero con una fuerte presencia de los afectados y con funcionarios que cooperan, la implementación puede ser más sencilla que en un caso con un tribunal activo y un organismo estatal con una fuerte voluntad de resistirse a cumplir, etc.

Además, hay algunas variables que no han sido analizadas en este capítulo y que son también relevantes e interactúan con las aquí consideradas. La cobertura del caso por los medios de comunicación puede influenciar el comportamiento del tribunal y del demandado, y contribuir a una implementación más rápida y efectiva. La existencia de medidas legislativas que respalden la acción judicial puede producir

66 CSJN, caso “Mendoza”, decisión del 1 de noviembre de 2016.

un compromiso mayor e intensificar la intervención judicial. Aspectos relacionados con la carrera del/a juez/a también pueden ser relevantes para la forma en la que los jueces se aproximen a esta clase de casos (por ejemplo, si un juez está transitando un proceso de evaluación y concurso para ascender en la carrera judicial puede sentirse limitado a la hora de imponer sanciones al Poder Ejecutivo), etc.

Básicamente, múltiples combinaciones de variables que también afectan el proceso en diferentes grados —como el nivel de actividad, creatividad o autoridad, mostrado por los tribunales, que va desde el compromiso con el caso hasta la apatía por su suerte— afectarán las posibilidades de implementación de las decisiones judiciales en casos complejos. Debido al gran número de variables involucradas y a la multiplicidad de sus posibles matices, es difícil predecir *a priori* cuál será el resultado de cada combinación posible. A pesar de esta dificultad, identificar las variables y entender cómo funcionan de manera aislada puede ser una contribución útil para mejorar la comprensión de la dinámica de estos procesos y para sopesar la conveniencia de los esfuerzos estratégicos que se deben llevar a cabo en un caso determinado. Por tanto, creemos que un análisis de los factores que afectan el grado de dificultad enfrentado por los procesos de implementación de una decisión judicial en el marco institucional actual, como se ha intentado en este capítulo, es una contribución valiosa para quienes acuden a los tribunales con el fin de defender derechos fundamentales.

Por ejemplo, considerar la diferencia entre casos colectivos y casos estructurales, y las dificultades de implementación que cada categoría enfrenta, es útil al momento de decidir qué clase de caso presentar a los tribunales. Tras diseñar una estrategia jurídica que incluya demandas judiciales es necesario pensar cuáles son los fines y resultados concretos buscados a corto, mediano y largo plazo. Si el objetivo primordial es solucionar un problema a corto o mediano plazo que afecte a un individuo o un grupo de personas, es improbable que la acción estructural colectiva sea una buena opción; en lugar de eso, un caso colectivo o varios casos individuales podrían ser más efectivos.⁶⁷ De hecho, si el caso tiene una naturaleza más estructural, debería suponerse que, en condiciones de debilidad institucional es muy probable que a corto y medio plazo haya que dedicar esfuerzos a generar las condiciones previas, de manera que el problema de fondo podrá abordarse una vez

67 Esta evaluación debería tener en cuenta también otras consideraciones, por ejemplo, si los casos medianos promueven soluciones distorsionadoras cuando se comparan con alternativas más completas, y si fortalecen las desigualdades de acceso a la justicia al no proporcionar soluciones a los sectores más vulnerables.

creados tales presupuestos. Si el caso tiene éxito, las personas afectadas verán cómo sus derechos violados se restauran solamente en el largo plazo o, en el mejor de los casos, a mediano plazo. Por ello, en esos casos resultará necesario desde un inicio peticionar medidas transitorias que satisfagan los derechos conculcados. Según lo sucedido en el caso Contaminación Riachuelo, las víctimas centrales de la situación de contaminación ambiental no recibieron respuestas inmediatas a su situación de vulnerabilidad y daños a su salud. Solo con el correr del tiempo, y a partir de resoluciones posteriores de la Corte Suprema dirigidas a establecer prioridades en las intervenciones, se hizo mayor énfasis en concretar las acciones tendientes a superar la situación de afectación. No obstante, aún al día de hoy, luego de varios años de dictada la sentencia estructural, la mayoría de las víctimas continúan inmersas en un estado de severa vulnerabilidad y afectaciones a su salud, en muchos casos irreversible.

Con base en los comentarios previos, es necesario ajustar nuestras expectativas con respecto al marco temporal en el que se implementan las decisiones judiciales en esos procesos. Es necesario ser conscientes del hecho de que las demandas colectivas, y en especial las demandas estructurales colectivas, requieren un cambio de paradigma con respecto a las funciones atribuidas tradicionalmente a los tribunales. La creación de las condiciones previas necesarias para garantizar la implementación efectiva de una decisión estructural lleva más tiempo que el que toman normalmente los casos tradicionales y exige una participación intensa y creativa de los tribunales y las partes en un proceso. Los tribunales, las partes y las organizaciones de la sociedad civil involucradas en un proceso deben asumir estas circunstancias diversas y actuar en consecuencia, a la vez que es preciso plantear el desarrollo de herramientas específicas para medir el éxito o el fracaso de una decisión judicial que se ajuste a la fisonomía de estos casos.

Por otra parte, el litigio de casos colectivos/estructurales suele poner al desnudo fallas sistémicas de los poderes políticos para enfrentar problemas que implican afectaciones generalizadas de derechos de la población. En este marco, no debe y no puede atribuirse al poder judicial la responsabilidad de brindar soluciones instantáneas a problemas de larga data que no han podido ser abordados por los poderes constitucionalmente responsables, idóneamente y en tiempo oportuno. Sin embargo, sí es posible y debe exigirse un rol activo y creativo a los tribunales; un rol que los sitúe como interlocutores institucionales relevantes frente a las decisiones políticas adoptadas por los otros poderes del Estado y que implique el ejercicio de un efectivo control constitucional, la protección de los derechos fundamentales y la priorización

de los sectores sociales sometidos a situaciones de injusticia económica, social y cultural. Desde la reforma constitucional de 1994, recae sobre ellos un nuevo rol institucional. En efecto, su actitud es central para la efectiva implementación de sentencias en casos colectivos. Así, ante la ausencia de regulaciones específicas, el tribunal debería adoptar una actitud activa y de conducción del proceso, de construcción de autoridad y de utilización creativa de las herramientas que ofrecen los códigos vigentes para prosperar en la implementación de sentencias estructurales. Para ello, debería incorporar herramientas o procedimientos que, si bien no están regulados, tampoco están prohibidos y que bien puede utilizar con base en su rol de conductor del proceso.

En casos complejos, la reticencia del demandado a cumplir obstaculiza en gran medida la implementación de las decisiones judiciales, pero esa dificultad se hace mayor o menor dependiendo del comportamiento de los tribunales. Hemos argumentado que es menos probable que los/las agentes estatales muestren reticencia cuando enfrentan tribunales activos que les exigen explicaciones, los confrontan con los afectados y muestran públicamente su incumplimiento o sus comportamientos dilatorios en las audiencias públicas, etc.

Por último, entendemos que el comportamiento de los tribunales (y también el de los demandados) se ve influenciado positivamente cuando las personas directamente afectadas participan en el caso, o cuando se han forjado alianzas entre los agentes sociales involucrados en el proceso judicial. La fuerza de esas alianzas puede multiplicarse mediante acciones conjuntas, la asistencia a audiencias públicas, la presentación de escritos, el aporte de información técnica relevante, la participación en mesas de diálogo, etc. La presencia de personas directamente afectadas o la existencia de alianzas sólidas establece limitaciones al poder discrecional de los tribunales y contribuye a que desempeñen un comportamiento más activo, además de elevar el costo de adoptar una actitud arbitraria, obstruccionista o reticente por el demandado, sea este un particular o el Estado. Asimismo, esas alianzas contribuyen a generar un diálogo más vigoroso en la sala de audiencias, lo que hace posible diseñar remedios que consideren un mayor número de intereses afectados y conduzcan a acuerdos más comprensivos, estables y sostenibles con el Estado.

En suma, estas consideraciones destacan la importancia de garantizar que las personas directamente afectadas se involucren en el caso, y de forjar alianzas con los actores sociales que tienen programas de acción compatibles o complementarios con los casos litigados, con el fin de influenciar el comportamiento de tribunales y demandados. Debido a sus agendas de trabajo, la experiencia previa relevante, sus

actividades diarias y las obligaciones legales en el caso de las agencias estatales a cargo de proteger los derechos, es probable que muchos sujetos estén interesados en crear alianzas cuyo fin sea lograr la implementación de las decisiones alcanzadas.

Referencias

Abramovich, V. (2006). La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. En Yamin, A. (ed.). *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta* (pp. 149-170). México: Plaza y Valdés.

Abramovich, V. y Courtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Abramovich, V. y Pautassi, L. (2009). El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales. En Abramovich, V. y Pautassi, L. (eds.). *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

ACIJ y Junta Vecinal de Villa Inflamable (2012). Informe: *Villa Inflamable: donde comenzó el caso "Mendoza" los derechos siguen esperando*. Buenos Aires.

Araluz Solano, S. (2005). La utilización del estudio de caso en el análisis local. *Región y Sociedad*, XVII (32), 108-144.

Bercovich, L. y Maurino, G. (coords.) (2013). *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires. Algunas aproximaciones desde la teoría, las instituciones y la acción*. Buenos Aires: Eudeba.

Bergallo, P. (2014). La causa "Mendoza": una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. En Gargarella, R. (ed.). *Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

_____ (2011). Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. ¿Se logra justicia a pesar de la "rutinización" de los reclamos individuales de cobertura?, en Yamin, A., Ely, S., Gloppen, S., *La lucha por los derechos de la salud*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Borda, R. D. (en prensa). El *habeas corpus* colectivo como mecanismo de protección de las personas privadas de libertad. En Plazas, F. y Hazan, L. (eds.). *Garantías constitucionales en la investigación penal*.

CELS (ed.) (2008). *La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

CELS (2012). El modelo de la prisión-depósito. Medidas urgentes en los lugares de detención en la Argentina. En *Derechos Humanos en Argentina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores – CELS.

CELS (2015). *Derechos Humanos en Argentina, Informe Anual 2015*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Disponible en <http://www.cels.org.ar/especiales/informe-anual-2015/#prologo>

Cuerpo Colegiado (2013). Informe Especial sobre el Caso Matanza Riachuelo: bases para un adecuado cumplimiento del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires.

Cuerpo Colegiado (2015). Informe especial del Cuerpo Colegiado, coordinado por la Defensoría del Pueblo de la Nación, a siete años del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que persigue mejorar la calidad de vida de la población, recomponer el ambiente y prevenir nuevos daños en la cuenca Matanza Riachuelo. Buenos Aires.

Cuerpo Colegiado (2016). Informe presentado a la Corte Suprema en ocasión de la audiencia del día 30 de noviembre de 2016. Buenos Aires.

Cuerpo Colegiado (2017). Informe *9 años del fallo de la Corte, una política de Estado todavía ausente*. Buenos Aires.

Defensoría del Pueblo de la Nación (2006). Informe Especial de Seguimiento Cuenca Matanza Riachuelo 2003-2005. Buenos Aires.

Escudero Macluf, J., Delfín Beltrán, L. A. y Gutiérrez González, L. (2008). El estudio de caso como estrategia de investigación en las ciencias sociales. En *Revista Ciencia Administrativa*, 1 (pp. 7-10). Veracruz: Universidad Veracruzana, Instituto de Investigaciones y Estudios Superiores de las Ciencias Administrativas.

Fairstein, C. (2009). En busca de soluciones judiciales para mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca Matanza Riachuelo. En CELS. *Derechos humanos en Argentina* (pp. 333-358). Buenos Aires: Siglo XXI Editores – CELS.

FARN (2013), Riachuelo a cinco años de la sentencia de la Corte. Buenos Aires.

Filippini, L. (2007). La ejecución del fallo “Verbitsky”. Una propuesta metodológica para su evaluación. En Pitlevnik, L. G. (dir.). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* 3 (pp. 148-175). Buenos Aires: Hammurabi.

Fiss, O. (1979). The Forms of Justice. Faculty Scholarship Series. Paper 1220. Recuperado de http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220

García Silva, L. y García Espil, J. (2012). Causa Matanza Riachuelo. Tiempo de debatir escenarios de recomposición. En FARN. *Informe Ambiental Anual* 2012.

Gouvert, J. F. (2013). *Nuevo órgano de contralor y supervisión de la pena en la provincia de Buenos Aires: entre el acierto y su ardua implementación*. Recuperado de <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/02/ejecucion01.pdf>

Maurino, G. (2008). Elementos de un nuevo paradigma de acceso a la justicia. En Asociación por los Derechos Civiles (ADC). *La Corte y los derechos 2005/2007*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Maurino, G. y Nino, E. (2009). Judicialización de políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de casos tramitados en la

ciudad de Buenos Aires. En Víctor, A. y Pautassi, L. *La judicialización de las políticas sociales. La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Merlinsky, M. G. (2008). *Agregando valor a los estudios de caso: reflexiones desde la trastienda de la investigación*. Ponencia presentada en el I Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Ciencias Sociales.

Merlinsky, M. G., Montera, C., Spadoni, E. y Tobías, M. (2014). La causa Beatriz Mendoza. Política ambiental y derechos en tensión. En *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la justicia, capacidades estatales y movilización legal*. Buenos Aires: Biblos.

Ministerio de Seguridad de la Provincia de BA (2011). *Informe relativo a la situación de las personas privadas de la libertad durante el periodo octubre 2007 diciembre 2011*. Buenos Aires.

Organization of American States, Executive Secretariat for Integral Development (SEDI) (2011). *Indicadores de Progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*. OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSSI/doc.2/11 rev.2.

Rodríguez-Garavito, C. (2011). Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89 (7), 1669-1698.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. En Arcidiácono, P., Espejo Yaksic, N. y Rodríguez-Garavito, C. (eds.). *Derechos sociales: Justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre, Uniandes, CELS y Universidad Diego Portales.

Rossi, J. y Filippini, L. (2010). El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales. En Arcidiácono, P., Espejo Yaksic, N. y Rodríguez-Garavito, C. (eds.). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre, Uniandes, CELS y Universidad Diego Portales.

Smulovitz, C. (2011). Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina. En Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (eds.). *La judicialización de la política en América Latina* (pp. 175-199). Colombia: Universidad del Externado de Colombia.

Uprimny Yepes, R. y Sánchez, N. C. (2010). El uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana. En Abramovich, V. y Pautassi, L. (eds.). *La medición de las políticas sociales* (pp. 295-328). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Videla, E. (2011). Los olvidados de la Cuenca, *Diario Página/12*, 17 de junio de 2011.

Yin, R. K. (2009). *Case Study Research: Design and Methods*. 4 ed. London: Sage.

6. Brasil: ¿es más difícil hacer cumplir demandas colectivas?

Octavio Luiz Motta Ferraz

Introducción

La Constitución brasileña de 1988 es generosa en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) exigibles ante los tribunales. El artículo 6 establece que “la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección de la maternidad y de la niñez, y la asistencia a los pobres son derechos sociales conforme a esta Constitución”. El artículo 7, que tiene 34 subsecciones, regula en detalle las condiciones de trabajo, incluidos el seguro de desempleo (7, iii), el salario mínimo (iv) y el máximo número de horas laborales (xiii). Más adelante aparecen la libertad de asociación para formar sindicatos, en el artículo 8, y el derecho a la huelga, en el artículo 9.

Además, después de la reintroducción de la democracia y el establecimiento de un nuevo orden constitucional, los tribunales han sido menos renuentes a la hora de tomar decisiones sobre estos derechos. La buena recepción de los jueces a los primeros casos en algunas áreas ha fomentado que se presenten otros casos ante los tribunales, y pronto los procesos judiciales se convirtieron en una estrategia usual de los activistas y reclamantes de derechos sociales, lo que produjo un aumento extraordinario de las demandas sociales en algunas áreas, que se ha llamado a menudo, con cierto tono de crítica, “judicialización”.

Sin embargo, existe una diferencia notable en el volumen de procesos judiciales en las diferentes áreas, e incluso hay variación significativa en el volumen de demandas judiciales en algunas de ellas, según el objeto. Así, por ejemplo, mientras que las demandas judiciales relativas a los derechos a la salud se han multiplicado enormemente en los últimos diez años, el derecho a la educación ha registrado un número de demandas judiciales mucho menor y prácticamente no se presentan demandas relativas al derecho a la vivienda en comparación con la salud y la educación.¹ Con respecto a la educación, las demandas

1 Infortunadamente, no existen datos precisos y completos sobre los proce-

judiciales se concentran sobre todo en las guarderías y no tanto en la escolaridad básica o secundaria. En vivienda, los demandantes han intentado detener los desalojos, en lugar de reclamar una vivienda digna en dónde vivir. En salud, si bien se han presentado a los tribunales miles de casos en los que se solicitan medicamentos, cirugías y otras clases de tratamientos individualizados, es mucho menor el número de casos que se ocupan de programas generales de salud o de medidas que afecten a un gran grupo de personas o a la población en su conjunto (como los servicios sanitarios básicos, el equipamiento hospitalario, etc.). En una reciente encuesta sobre los casos relativos al derecho a la salud presentados contra el Gobierno federal, se encontró que menos del 3 % de las demandas judiciales son de naturaleza colectiva.²

¿Qué explica estas diferencias? ¿Por qué los individuos presentan muchas más demandas judiciales para que se garantice su derecho a la salud que para hacer cumplir sus derechos a la educación y la vivienda, que se reconocen igualmente en la Constitución? ¿Cuáles son las razones, incluso en una misma área, para que algunos tipos de reclamaciones sean mucho más comunes que otros, a pesar de ser tanto o más importantes desde la perspectiva de la privación de los derechos?

sos judiciales relativos a los derechos sociales en Brasil. Sin embargo, a partir de los estudios dispersos, los medios de comunicación y la experiencia personal, es posible conjeturar que la salud es el área en la que son más numerosos. Una simple búsqueda electrónica de la base de datos de jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones del estado de São Paulo, por ejemplo, muestra lo siguiente: para la expresión “derecho a la salud”, 69.715 decisiones; para “derecho a la educación”, 1.698 y para “derecho a la vivienda”, 7.769. Sería justo decir que hay menos demandas judiciales sobre derecho a la vivienda porque la mayoría de esos casos están relacionados con la protección de la propiedad privada de consumidores de clase media contra bancos que intentan embargarlos para garantizar el pago de deudas, en lugar de protección de las personas sin vivienda. De hecho, al incluir la expresión “bien de familia” en la búsqueda (un término técnico que significa que un activo no puede embargarse para cancelar una deuda) aparecen 3.643 resultados. Hay dos interesantes estudios recientes sobre el derecho a la vivienda en los tribunales que confirman el menor volumen de demandas en esta área y la débil protección de las personas sin vivienda: Coutinho (2010) y Nassar (2011).

2 Véase O. Ferraz, Health inequalities, rights and courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil. En Yamin y Gloopen (eds.) *Litigating health rights : can courts bring more justice to health. Human rights program series*. Aunque una demanda colectiva puede involucrar en principio a millones de individuos y, por consiguiente, tener mucha mayor repercusión que todas las demandas individuales juntas, en la práctica las demandas colectivas también están concentradas en asuntos específicos de salud, como la diabetes o el autismo (ver *infra*), que afectan a grupos más o menos numerosos de la población, según la epidemiología de la enfermedad y el área cubierta por la demanda judicial. No obstante, lo que queremos mostrar aquí es, simplemente, que en salud el volumen de demandas individuales ha sido mucho mayor que el de demandas colectivas, por razones analizadas en el texto.

Como es evidente, no hay respuestas simples para estas preguntas. Tiene que haber diferentes factores que, combinados de formas complejas, expliquen las diferencias en el volumen de demandas judiciales presentadas en las diferentes áreas de los derechos sociales y económicos. Algunos de los factores que intervendrían a la hora de ofrecer una respuesta completa, entre otros posibles, serían los diferentes niveles de organización de la sociedad civil en torno a determinados problemas, los recursos a disposición de los demandantes potenciales, su posición socioeconómica o la conciencia que tienen de sus derechos.³

Sin embargo, dentro del espacio limitado de este capítulo me enfocaré en un potencial factor explicativo de dichas diferencias que me parece revelador: los obstáculos al cumplimiento. Mi hipótesis es que las dificultades para conseguir el cumplimiento efectivo pueden explicar las significativas diferencias en los volúmenes de demandas judiciales, incluso cuando otros factores relevantes permanecen constantes. Para probar esta hipótesis utilizaré las demandas colectivas relativas al derecho a la salud en el estado de São Paulo.⁴

Este capítulo se organiza de la manera siguiente. En la sección 2 aclaro a qué me refiero cuando hablo de cumplimiento efectivo y distingo entre los dos significados del concepto — cumplimiento jurídico y fáctico— que son relevantes para el problema del que me ocupo. En la sección 3 analizo algunas decisiones paradigmáticas del Tribunal Federal Supremo brasileño y otras del Tribunal de Apelaciones de São Paulo, que destacan los obstáculos para el cumplimiento jurídico que encuentran las demandas judiciales colectivas en comparación con las individuales, en el campo de la salud. En la sección 4 estudio las demandas colectivas presentadas por los procuradores públicos en el campo de la salud en el estado de São Paulo y las analizo en función de lo que llamo el cumplimiento fáctico. Me concentro en el llamado “Caso del autista”, uno de los más complejos de demandas judiciales estructurales en el campo de la salud durante la pasada década, en este estado. La sección 5 presenta las conclusiones de mi análisis.

3 Algunos autores llaman a estos factores “estructura de apoyo para la movilización legal” (Epp, 1998, p. 3) o “estructura de oportunidad para la presentación de demandas judiciales” (Gloppen, 2008, p. 27). Sobre el perfil socioeconómico de los demandantes y las desigualdades relacionadas con el acceso a los tribunales en Brasil, ver O. Ferraz (2009a).

4 Sospecho que no hay una diferencia significativa entre los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales y económicos, en lo que se refiere al problema de estudio en este capítulo. Aunque está más allá de su ámbito hacer esta comparación, las pruebas anecdóticas parecen indicar que las demandas colectivas civiles y políticas, como las que exigen mejoras de las condiciones de prisión, enfrentan los mismos problemas que las demandas colectivas sobre derechos sociales.

La definición del cumplimiento

En este texto, el concepto de cumplimiento se refiere tanto a la ejecución de una orden judicial dictada por un juez (cumplimiento fáctico), como a la capacidad o la disposición del juez para traducir una norma jurídica en una medida práctica y efectiva (cumplimiento jurídico). El cumplimiento fáctico depende del jurídico o, en otras palabras, el cumplimiento jurídico es un requisito del cumplimiento fáctico, puesto que sin una decisión de un juez que traduzca la norma legal en una medida remedial que se pueda poner en práctica no puede existir cumplimiento fáctico: no existe la orden judicial que hay que cumplir. Por dar un ejemplo, imaginemos un proceso judicial en torno al derecho a la salud promovido por una ONG que pretende obligar al Estado a adoptar un programa general que beneficie a todas las personas que sufren de diabetes en una determinada región. La reclamación puede fracasar en dos etapas distintas, ambas relacionadas con el cumplimiento según la forma en la que propongo que se entienda. Se puede tener éxito en convencer al juez de que ordene al Gobierno la aprobación de un programa y, sin embargo, fracasar debido a la incapacidad o la falta de voluntad del Gobierno, por la razón que sea, de hacer efectiva la sentencia. Ese sería un problema de cumplimiento fáctico. Pero también puede fracasar en una etapa anterior, debido a la falta de voluntad o a la incapacidad del juez de determinar cuáles son las políticas públicas que el Gobierno debería poner en práctica para garantizar el derecho a la salud. Creo que aquí también el problema es de cumplimiento, de hacer efectiva en el mundo real una norma jurídica. Lawrence Sager hace una referencia útil sobre esa situación, definiéndola como ejecución incompleta por parte de los jueces: “La idea de que un tribunal constitucional reflexivo en algunas ocasiones se abstendrá de hacer cumplir completamente la Constitución debido a características particulares del proceso judicial” (2010, p. 580).

En cualquier caso, como sugiero en este capítulo, el resultado consiste en desestimular las demandas judiciales como estrategia viable para reclamar derechos sociales y económicos cuando no hay cumplimiento, mientras que lo contrario, es decir, una serie de decisiones que determinen qué es lo que debería hacer un Estado para hacer efectivo un derecho social particular (cumplimiento jurídico) y una práctica consecuente del Gobierno para cumplir con estas decisiones (cumplimiento fáctico), crea un entorno favorable para los procesos judiciales sobre derechos sociales. Además, como observa Siri Gloppen, “se supone que las personas y las organizaciones presentan procesos judiciales cuando se considera que hacerlo es la vía más prometedora,

teniendo en cuenta los recursos disponibles y los obstáculos que enfrentan” (2008, p. 27).

En el campo de la salud en Brasil, esta explicación parece bastante razonable. Por un lado, se tiene un volumen creciente de demandas judiciales presentadas por individuos que reclaman un bien específico de salud (la mayor parte de las veces medicamentos, pero también cirugías, equipos, etc.); por otro lado, se tiene un número significativamente menor de demandas judiciales cuando se solicitan remedios colectivos para un problema de salud (por ejemplo, un programa de vacunación, acciones sobre servicios sanitarios básicos, mejoras en un hospital). Mientras que casi todas las demandas del primer grupo son exitosas con respecto al cumplimiento fáctico y jurídico, muchas de las demandas judiciales de la segunda clase fracasan con respecto al obstáculo inicial para el cumplimiento (cumplimiento jurídico) o al subsiguiente (cumplimiento fáctico).

Los datos cuantitativos aquí presentados, y las entrevistas cualitativas con abogados que representan a los demandantes en casos judiciales sobre derecho a la salud, confirman que esas dificultades para el cumplimiento de los derechos son una razón importante que desaconseja usar la vía colectiva con mayor frecuencia.⁵ Sin embargo, este perfil de demandas judiciales, que podríamos llamar el “modelo brasileño de demandas judiciales”, no es un buen modelo para el cumplimiento de los derechos sociales y económicos. Eso se debe, como analizo con mayor detalle en otro lugar, a que este elevado predominio de las reclamaciones individuales para obtener servicios de salud produce a menudo más desigualdades en esta área, en lugar de disminuirlas, y, por tanto, socava la finalidad de los derechos sociales y económicos reconocidos en la Constitución. En cambio, las demandas colectivas apropiadamente diseñadas tendrían en principio un potencial mayor de solucionar las desigualdades en salud y promover este derecho.⁶

5 Entrevistas con defensores públicos del estado de São Paulo, julio de 2009; entrevistas con procuradores del estado de São Paulo, septiembre de 2010; entrevistas con miembros del Ministerio Público del estado de São Paulo, septiembre de 2010. Entrevistas con defensores públicos, procuradores y miembros del Ministerio Público del estado de Bahía, noviembre de 2015.

6 Véase Ferraz (2009). Utilizo la expresión “en principio” debido a que los procesos judiciales colectivos no son necesariamente positivos ni mejores que los individuales para proteger el derecho a la salud. Una ventaja que tienen es que presentan de forma más clara la complejidad de la política de salud pertinente. Las demandas individuales a veces llevan a los jueces a pasar por encima de las dimensiones colectivas del derecho a la salud y se concentran demasiado en el caso individual que tienen ante sí. No obstante, las demandas colectivas e individuales pueden tener efectos negativos o positivos, dependiendo de su objeto, sus beneficiarios y la forma en que se manejan.

Por consiguiente, es importante investigar con más profundidad por qué las demandas colectivas encuentran mayores dificultades con respecto al cumplimiento, y si esas dificultades se pueden superar. Esto es lo que motiva el análisis del cumplimiento que se hace en el presente capítulo.

Obstáculos al cumplimiento jurídico

Como he mencionado, una de las posibles razones que explica el número comparativamente menor de demandas colectivas basadas en el derecho a la salud ante los tribunales brasileños se relaciona con las menores perspectivas de éxito si se compara con las demandas individuales.⁷ No está claro, como analizaré después, por qué los jueces deberían tratar de manera diferente los casos colectivos y los casos individuales, pero el hecho es que lo hacen a menudo.

En los casos individuales, los jueces no tienen dificultades para ordenar que el Estado proporcione un beneficio de salud reclamado por un demandante individual, a menudo en un plazo extremadamente corto (48 o 72 horas), de una manera muy firme (a veces amenazando con la prisión, otras con multas) y a menudo sin considerar los argumentos del Estado. Por otro lado, cuando se trata de demandas colectivas, los jueces a menudo son más renuentes a conceder las medidas de salud exigidas por el demandante.⁸ De hecho, en las demandas co-

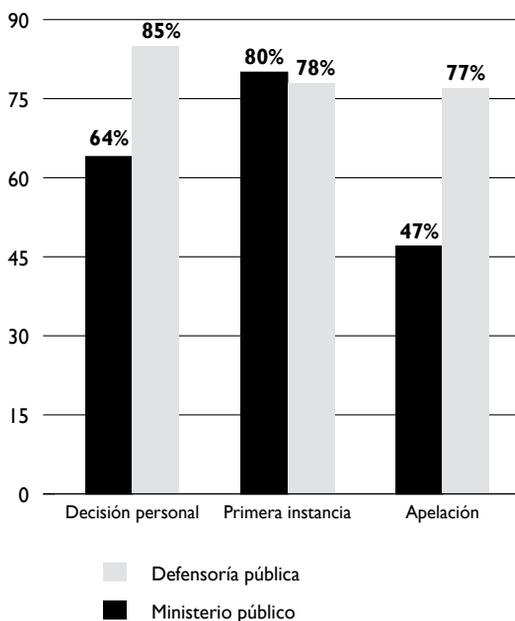
7 Otras razones que posiblemente incidieron y que no puedo analizar en profundidad en este capítulo son: normas más estrictas de legitimidad procesal para presentar demandas colectivas (solo algunos funcionarios y organizaciones las pueden presentar), el pequeño número de abogados del Estado a cargo de los derechos sociales y económicos en comparación con los abogados particulares que representan a los demandantes individuales; el proceso comparativamente más complejo de una demanda colectiva, que por consiguiente requiere más tiempo de preparación que un caso individual.

8 Hay dos clases de procesos judiciales colectivos en Brasil: la acción popular (*ação popular* o AP, Ley Federal 4717 de 1965 y Constitución Federal, art. 5, LXXIII) y la acción civil pública (*ação civil pública* o ACP, Ley Federal 7347 de 1985). La primera puede ser presentada por cualquier ciudadano, y su ámbito es la protección de los bienes públicos, no solo de los bienes con un valor puramente económico, sino también los que tienen un valor histórico y cultural. La segunda tiene reglas de legitimidad procesal más restringidas. Solo el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los gobiernos de cualquier nivel, las empresas estatales, las fundaciones y asociaciones, y las organizaciones de la sociedad civil con más de un año de existencia pueden hacer uso de ella. Su ámbito se superpone en parte con las ACP, pero es más amplio. Incluye la protección del medioambiente, los consumidores, el "orden urbanístico", los bienes de valor artístico, histórico, estético y turístico, y cualquier otro interés colectivo o difuso (intereses tan generales que no pueden localizarse en un grupo concreto, sino más bien en toda la sociedad en su conjunto). Para nuestros fines solo son de interés las ACP.

lectivas los jueces rara vez conceden medidas provisionales sin, por lo menos, escuchar previamente los argumentos del Estado.⁹ Además, se suelen negar las medidas provisionales más a menudo en las demandas colectivas que en las individuales. Cuando se conceden medidas cautelares por un juez de primera instancia, esas medidas se invalidan con mayor frecuencia por el tribunal de apelación en casos colectivos que en casos individuales. Por último, pero no menos importante, las decisiones finales en las demandas colectivas son favorables al Estado con mayor frecuencia que en los casos individuales.

GRÁFICA I

Tasa de éxito en los procedimientos judiciales sobre derecho a la salud en las tres etapas de los procedimientos judiciales (decisión provisional, decisión de primera instancia y apelación)



La gráfica 1 muestra las tasas de éxito en todas las etapas de los procedimientos judiciales para las demandas judiciales sobre derechos a la salud presentadas por el Ministerio Público (MP) entre 1999 y 2008, y

9 Eso se debe en parte a que el artículo 2 de la Ley Federal 8437, de 1992, declara expresamente que, en casos de ACP, no se podrán conceder medidas provisionales sin oír al organismo público involucrado. Muchos jueces, sin embargo, no siguen la norma, en especial en casos individuales.

por la Defensoría Pública (DP)¹⁰ entre 2006 y 2009. Si se tiene en cuenta que el MP en la ciudad de São Paulo presenta solo demandas colectivas, mientras que la DP se concentra en las demandas individuales, es posible comprobar si es correcta o no la impresión expresada por muchos de que las demandas colectivas son más difíciles de ganar.

Los datos disponibles parecen confirmar esa impresión: muestran que es más probable que un demandante individual que reclama un bien específico de salud tenga éxito en un tribunal que el MP en demandas colectivas. La decisión final es favorable al reclamante en el 77 % de los casos en las demandas judiciales individuales promovidas por la DP, pero solo lo es en el 47 % de las demandas colectivas promovidas por el MP. La tasa de éxito en los tribunales inferiores es prácticamente la misma, en torno al 80 %. En la etapa de la adopción de medidas provisionales, el demandante las consigue en el 85 % de los casos relativos a demandas individuales, frente al 64 % en las demandas judiciales colectivas. Si se tiene en cuenta que la decisión final puede tardar varios años, esa es una diferencia importante. Las decisiones provisionales favorables al demandante pueden estar vigentes durante varios años, a veces incluso por más tiempo del que necesita para conseguir el beneficio de salud otorgado. Así que aun si la decisión de primera instancia se anula posteriormente en la etapa de apelación, debería contarse como un éxito para el demandante y no como un fracaso, puesto que consiguió el tratamiento necesario.¹¹

Esta tasa significativamente superior de éxito en las demandas individuales se debe en parte, en mi opinión, a los obstáculos que enfrenta lo que he llamado cumplimiento jurídico. Los tribunales tienen menos disposición y son menos capaces de traducir las normas abstractas de la Constitución en órdenes específicas para el Estado cuando el problema referido es de naturaleza más compleja y de mayor tamaño.¹² Estudiemos algunas decisiones pioneras del Supremo Tribunal Federal (STF) para ilustrar este punto.

10 Nos referimos al MP y la DP en conjunto como abogados públicos, es decir, pagados por el Estado para representar el interés público. Aunque su ámbito no es exactamente el mismo, se superponen bastante con la representación de las personas de escasos recursos, consideradas, según la legislación, como aquellas que ganan menos de tres salarios mínimos.

11 En algunos casos colectivos, la Secretaría de Salud del estado de São Paulo termina prestando el beneficio de salud aun después de ganar la apelación. Sería injusto, según María Cecilia Correa, retirar el beneficio después de tantos años de concederlo (entrevista septiembre de 2010).

12 Véase Lon Fuller (1978, pp. 353-409).

El Supremo Tribunal Federal y los casos colectivos de salud

La mayoría de los casos sobre salud reportados por el Supremo Tribunal Federal (STF) son individuales y apenas unos pocos de ellos son colectivos. Los primeros hasta ahora se han decidido judicialmente, casi siempre a favor del demandante individual, mientras que de los pocos casos colectivos reportados varios se han decidido judicialmente a favor del Estado.¹³ Estudiaremos ahora el razonamiento de las decisiones con el fin de encontrar claves que nos permitan explicar ese comportamiento.

El primer caso colectivo relativo al derecho a la salud decidido por el STF fue ADPF 45. En este caso, un partido político de la oposición denunció la constitucionalidad de un decreto presidencial que regulaba la financiación del sistema de salud (de una forma demasiado restrictiva según los demandantes). A diferencia de la firmeza usual mostrada en los casos individuales, el STF mostró una deferencia mucho mayor hacia las decisiones del Poder Ejecutivo, y declaró que “la Rama Judicial —especialmente este Tribunal Supremo— no tiene la función institucional de formular y poner en práctica políticas públicas”.¹⁴

Esa es una clara manifestación de lo que he llamado el obstáculo del cumplimiento jurídico. Es casi imposible (o depende en exceso de la perspectiva personal) que los tribunales determinen cuál es la clase y forma de gasto en el sistema de salud ordenada por la norma constitucional que reconoce el derecho a la salud. Según la decisión que se

13 Solo pude encontrar dos casos individuales en los que el demandante no tuviera éxito, ambos decididos por la juez Ellen Gracie. Una de las demandas solicitaba medicamentos para tratar la infertilidad (“En este caso, teniendo en cuenta la naturaleza de la enfermedad que afecta a la paciente —infertilidad femenina asociada a la anovulación, CID: N97.0— y el alto costo de los medicamentos prescritos para su tratamiento, que no están incluidos entre los de suministro obligatorio por el sistema público, creo que el daño al orden público, la salud pública y la economía pública se da, puesto que la implementación de decisiones como estas afectan al ya debilitado sistema de salud pública. Además, la ausencia de tratamiento hasta que se llegue a una decisión final no tiene riesgos para la salud de los pacientes. SS 3263 / GO — *Goiás suspensão de Segurança*, sentencia de 23 de julio de 2007”). La otra fue una demanda para el suministro de un medicamento anticancerígeno de alto costo, Mabthera (Rituximab) (SS 3073 / RN — Rio Grande do Norte *Suspensão de Segurança*, sentencia de 9 de febrero de 2007). En su decisión, muy criticada, la juez Ellen Gracie avisa sobre los “potenciales efectos multiplicadores del caso [...] teniendo en cuenta los miles de personas que están potencialmente en la misma situación de la demandante”.

14 ADPF 45-9 — Distrito Federal. Relator: Min. Celso De Mello, sentencia de 4 de abril de 2004 (ver la página web del Tribunal Federal Supremo, www.stf.gov.br).

acaba de citar, eso es algo que deberían decidir las ramas políticas del Estado, y no los jueces.

Una justificación muy parecida se aplicó en todos los otros casos colectivos que han llegado al STF hasta ahora. En STA 185, el juez de instancia había ordenado al Estado tomar “en el plazo de 30 días, todas las medidas apropiadas que permitieran efectuar cirugías a los transexuales” que desearan cambiarse de sexo. El STF decidió suspender la orden porque “el cumplimiento de la orden [...] repercutiría en el programa presupuestal del Gobierno” y afectaría la administración racional del sistema de salud al “reasignar los recursos destinados originalmente a otras políticas de salud pública”.¹⁵

En el caso STA 424, el Gobierno federal, el estado meridional de Santa Catarina (uno de los más ricos de Brasil) y el municipio de Joinville fueron condenados solidariamente en primera instancia y luego por el Tribunal de Apelaciones a proporcionar tres medicamentos, no incluidos en los programas oficiales, a todos los pacientes en ese municipio que sufrieran de microcefalia, un trastorno neurológico del desarrollo. El estado y el municipio apelaron al STF y afirmaron que esa decisión era inapropiada por razones técnicas y económicas, y causaría daños graves a los servicios de salud de la localidad. El STF, presidido esta vez por el magistrado Gilmar Medes, volvió a mostrar deferencia hacia las decisiones de las autoridades públicas. Merece la pena citar un párrafo completo de la decisión:

Además, no se debe olvidar que la gestión del servicio unificado de salud, que tiene el deber de respetar los principios constitucionales de igualdad de acceso universal en sus acciones de salud y en la prestación de servicios de salud, es viable únicamente gracias a la concepción de políticas públicas que asignen los recursos (naturalmente escasos) de la manera más eficiente. Obligar a que el sistema público financie los servicios de salud causaría graves daños al orden administrativo y conduciría a debilitar el servicio de salud unificado, causando todavía más daños a los grupos más necesitados de la población. Por esa razón, concluimos, en principio, que el tratamiento decidido por el SUS [el servicio de salud nacional] debe imponerse frente a una diferente del paciente cuando no esté probado que la política de salud existente sea inadecuada o ineficiente.

En SL 256, el estado de Tocantins había sido condenado en primera y segunda instancia a pagar los gastos de transporte, alimentación y alojamiento de todos los pacientes del municipio de Araguáña cuando

15 La misma justificación se usó en STA 91, en el que el MPF requirió medicamentos para la hemodiálisis y los trasplantes de todos los ciudadanos del estado de Alagoas.

tuvieran que recibir tratamiento fuera del municipio.¹⁶ Sin embargo, una vez más, el STF, liderado por Gilmar Mendes, invalidó las decisiones de los tribunales inferiores usando exactamente la misma justificación que se ofreció en el caso STA 424 mencionado.

Ahora bien, esta deferencia hacia las decisiones del Poder Ejecutivo mostrada por los jueces, que acepta una incompleta exigibilidad judicial de las normas constitucionales que reconocen derechos sociales, no es sorprendente. En algunas jurisdicciones, como la sudafricana, esa es la regla, y para muchos comentaristas el principal obstáculo para la realización efectiva de estos derechos.¹⁷ Lo que es sorprendente sobre esta actitud en Brasil es que difiere notablemente, como se ha explicado, del comportamiento firme de los jueces con respecto a los casos individuales, en los que el STF y los tribunales inferiores rara vez han aceptado la prerrogativa de las ramas políticas de determinar cómo gastar el presupuesto limitado del sistema de salud. Por el contrario, casi siempre (con unas pocas excepciones destacables) han tomado decisiones en favor de los demandantes y han decidido no tener en cuenta las preocupaciones sobre las interferencias con estas políticas públicas y sobre la asignación de recursos por considerarlas secundarias e irrelevantes.

En un pasaje que se convirtió en una especie de precedente de facto para los casos individuales, que está escrito sorprendentemente por el mismo juez que redactó la decisión citada en el caso ADPF 45, en uno de los primeros casos en los que una persona solicitaba medicamentos para el VIH-sida, se formuló el siguiente principio:

Entre proteger la inviolabilidad del derecho a la vida, un derecho fundamental constitucional inalienable, frente a un interés financiero y secundario del Estado, pienso —una vez que el dilema se ha establecido— que las razones éticas y jurídicas le imponen al juez una única opción posible: el respeto incondicionado por la vida.¹⁸

Como mencioné, la mayoría de los casos de salud que llegan a los jueces brasileños en todo el país son de esta clase, es decir, individuales, y la decisión se basa invariablemente en ese principio firme y expansivo en favor del demandante. No se expresan preocupaciones con respecto a la separación de poderes o la limitación de recursos. Si tienen o no

16 Cuando los servicios de salud provistos por SUS no están disponibles en un municipio determinado, este debería, por ley, cubrir los gastos del paciente, que deberá ser tratado en la siguiente unidad disponible; entre los gastos que deben pagarse están el transporte, la alimentación y la acomodación.

17 Véanse, por ejemplo, los casos sudafricanos de Soobramoney y Grootboom, y la discusión feroz que generaron en, por ejemplo, Wesson (2004), Dugard y Roux (2006) y Bilchitz (2002).

18 Véase STF, j. 31.1.97, DJU 13.2.97.

razón los jueces brasileños al tratar los casos colectivos e individuales de una manera tan diferente es una cuestión muy importante que analizaré después. Por el momento, lo que me interesa destacar es que lo que he llamado la imposibilidad de exigir legalmente el derecho a la salud afecta solo a los casos colectivos, lo que puede explicar en cierta medida por qué estos no son tan comunes como los individuales.

Obstáculos al cumplimiento fáctico: los casos sobre diabetes y autismo

Incluso cuando se supera el primer obstáculo del cumplimiento jurídico en las demandas judiciales colectivas, y así ocurre en varios casos (como ya se ha visto, el 47 % de nuestra muestra fueron exitosos), no existen garantías de que la orden judicial se vaya a cumplir en el mundo real. A diferencia de lo que ocurre en las demandas individuales, en las que el Estado cumple con casi todas las decisiones, las demandas colectivas enfrentan a menudo obstáculos para el cumplimiento fáctico.

En algunos casos ese es el resultado de la generalidad extrema con la que necesariamente se formulan esas decisiones. Tómese como ejemplo las demandas judiciales en el campo de la diabetes, que representan la mayoría de los procesos judiciales sobre derecho a la salud en el estado de São Paulo y en muchos otros lugares de Brasil. El gobierno de São Paulo tiene un programa oficial para ocuparse de la población diabética en su totalidad. Pero los expertos del Ministerio de Salud han decidido no ofrecer ciertos tipos de insulina (los análogos de la insulina, mucho más caros que la insulina normal) como tratamiento estándar para la totalidad de la población. Solo aquellos que, en opinión de los expertos de salud del Estado no se pueden beneficiar del tratamiento regular tienen acceso a los análogos de la insulina, algo que se decide caso por caso. Esa decisión de políticas públicas ha dado lugar a una cadena de demandas judiciales, la mayoría de casos individuales, y a un par de demandas colectivas.

Siguiendo el patrón analizado, los jueces se han decidido en favor del demandante en la mayoría de las demandas individuales. El resultado ha sido que la Secretaría de Estado para la Salud en São Paulo proporciona hoy unas 9.598 dosis de insulina análoga para cerca de 6.000 individuos. Por otro lado, ninguna de las dos demandas colectivas ha tenido éxito hasta ahora en ampliar el acceso a estos medicamentos para la totalidad de la población diabética que recibe el tratamiento estándar del Estado y que en la actualidad es de 182.000 personas.¹⁹

19 Entrevista con Maria Cecilia Correa y Ana Luiza Chieffi, Secretaría de Sa-

Es evidente que las órdenes individuales son menos complejas a la hora de cumplir. La orden judicial se limita a conceder al demandante individual acceso al medicamento preciso prescrito por el médico. No hay margen para que el Estado evite el cumplimiento. Las órdenes colectivas son lo opuesto. El juez no cuenta con los medios para determinar, con todos los detalles necesarios, cómo debería ponerse en práctica el programa integral ordenado, y el Estado puede usar esa circunstancia para evitar o retrasar el cumplimiento efectivo. Permítaseme ilustrar esta circunstancia con la decisión relativa a una demanda colectiva en un caso de diabetes. En este caso, el MP presentó una demanda colectiva (*ação civil pública*, ACP) a comienzos de 2005 en nombre de todos los pacientes diabéticos que residían en el municipio de São Paulo, es decir, potencialmente en nombre de cientos de miles de personas. En línea con lo analizado, la medida provisional requerida fue negada por el tribunal inferior y por el tribunal de apelación. Casi tres años después, un tribunal inferior dictó una decisión final a favor de los demandantes y le ordenó al Estado:

...proporcionar, de manera gratuita, para todos los residentes del municipio de São Paulo que no se lo pueden permitir y que puedan probar que sufren de diabetes con una receta médica, en la dosis y la secuencia establecida individualmente, de manera continua, regular y sin interrupciones, en 30 días, todos los medicamentos para el control y tratamiento de la diabetes.²⁰

El estado de São Paulo, explotando la generalidad de la decisión, pudo recurrir estratégicamente a un procedimiento técnico, llamado *embargos de declaração*, para solicitarle al juez que especificara cómo debería ponerse en práctica una orden tan genérica. Preguntaba, con respecto a los aspectos administrativos, cómo deberían distinguir a los residentes del municipio que tenían derecho a tratamiento de aquellos que no lo tenían (es decir, qué documentos debían exigirse como prueba de residencia) y si solo las recetas prescritas por los médicos del sistema público deberían aceptarse o también deberían aceptarse las de los médicos privados. Asimismo, cuestionaba la redacción genérica de la decisión, que concedía “todos los tratamientos”, “toda la medicación” y “todo el equipo” necesarios, y le pedía al juez (en una acción algo

lud del estado de São Paulo, 23 de septiembre de 2010. Ha habido dos demandas colectivas hasta ahora contra el estado de São Paulo, una promovida por la antigua Procuraduría de Asistencia Judiciaria, hoy llamada Defensoría Pública, la cual ya se decidió en favor del estado, y otra promovida por el Ministerio Público Federal (MPF). En esta última se solicitaron medidas provisionales, que se negaron a mediados de 2009, y la decisión final tardará años en producirse.

20 Decisión en el archivo del autor.

provocadora) que especificara a qué medicamentos y a qué equipos concretos se refería.

El juez se negó a especificar su decisión más de lo que había hecho y afirmó que todas las cuestiones médicas deberían determinarse por los médicos de los pacientes, caso por caso, y que los problemas administrativos deberían decidirse por el Estado. Esa aclaración convirtió lo que se suponía que era una orden colectiva que beneficiaba a miles de pacientes en potenciales casos individuales futuros. De hecho, según la decisión del tribunal inferior, cada persona que necesitara un tratamiento de diabetes debía acudir por consiguiente al Estado con una receta médica que especificara un cierto medicamento y equipo y probar, según los criterios establecidos por el propio Estado, que era residente del municipio de São Paulo y no se podía pagar el tratamiento. Si el Estado no estaba convencido de cualquiera de esas condiciones (por ejemplo, de la necesidad médica, de la residencia o de la pobreza) podría negarles el tratamiento a los pacientes y estos tendrían que acudir de nuevo al tribunal para denunciar la decisión administrativa, de la misma forma que ocurría en los casos individuales.

Pero el Estado decidió apelar (una estrategia que suspende el cumplimiento de la decisión hasta que se decida la apelación) y el 6 octubre 2009 el tribunal de apelación anuló la decisión del tribunal inferior ¡justo por ser demasiado general! Merece la pena citar el pasaje de la sentencia:

¿Puede haber un proceso judicial cuyo objeto sea obtener una condena genérica del Estado para que proporcione todos los medicamentos necesarios para el control de la diabetes a todos los residentes de São Paulo? En mi opinión, no. Ese es un deber ya establecido en el artículo 196 de la Constitución federal, lo que hace que una decisión judicial a ese respecto sea innecesaria. Es claro, por consiguiente, que la protección colectiva de la salud, en este caso, tiene que llevarse a cabo necesariamente mediante la protección de los derechos individuales.²¹

Por tanto, los jueces brasileños parecen ser un obstáculo a las demandas colectivas en el campo de la salud. Existe una clara resistencia de su parte, aun cuando concedan la solicitud del demandante, a determinar con algún nivel de precisión qué es lo que debe cumplir el Estado. Se encuentran mucho más cómodos cuando dictan órdenes más asertivas y determinadas, como pasa en los casos individuales. En consecuencia, no es sorprendente que incluso quienes tienen legitimidad procesal para presentar demandas colectivas terminen por preferir la

21 Apelação Cível com Revisão 803.640-5/3-00, da Comarca de São Paulo-Faz Pública.

vía individual.²² Preparar las demandas colectivas requiere mucho más trabajo, se tarda mucho más en decidir las y existe un riesgo mucho mayor en las etapas de cumplimiento jurídico y fáctico. En este caso sobre diabetes, los abogados públicos esperaron casi ocho años para obtener una decisión final y aunque la decisión del tribunal inferior había sido favorable, era demasiado genérica para ser implementada y el Tribunal de Apelación terminó por anularla.²³

Volveré, en la conclusión, a referirme a la importante cuestión de si los jueces tienen justificaciones para tratar las demandas individuales y colectivas de manera diferente. Ahora quisiera referirme a otra demanda colectiva que fue exitosa desde el principio hasta el fin, para ilustrar algo más lo que he llamado el obstáculo del cumplimiento fáctico.

En este caso, el MP presentó el 27 octubre del año 2001 una ACP en nombre de todos los autistas residentes en el estado de São Paulo, con el propósito de obligar a las autoridades públicas a “financiar [...] tratamientos especializados en instituciones apropiadas (privadas, puesto que no existían instituciones estatales que cumplieran esas condiciones)” para los autistas, incluyendo la educación. Solicitó también que se ofreciera tratamiento en la institución más cercana a la residencia del paciente. Esa financiación del tratamiento en instituciones privadas debería durar, según el MP, hasta que el estado estableciera instituciones públicas adecuadas, es decir, especializadas, separadas de las instituciones tradicionales de salud mental, que eran las usadas en la práctica para tratar a los autistas.

En su defensa, el Estado declaró que a pesar de sus esfuerzos por dar acceso a un tratamiento especializado a todas las personas autistas, los recursos eran insuficientes y, por consiguiente, el acceso tenía que racionarse y extenderse gradualmente, ya que si no otras importantes acciones relativas a la salud sufrirían las consecuencias. Al inicio, el tribunal inferior rechazó la solicitud de medidas provisionales solicitadas por el MP; sin embargo, el 28 de diciembre de 2001 decidió a favor

22 Muchos abogados de la administración pública que tienen legitimidad procesal para presentar demandas colectivas han preferido, en lugar de eso, presentar múltiples demandas individuales para eludir los obstáculos al cumplimiento jurídico y fáctico que mencionamos en el texto. Entrevistas con abogados de la administración del estado de São Paulo, septiembre de 2010.

23 En septiembre de 2009, el MPF presentó otra demanda colectiva contra el Gobierno federal y el estado de São Paulo en la que solicitaba tratamiento para los enfermos de diabetes, en este caso para toda la población enferma del estado de São Paulo. El tribunal inferior denegó la medida provisional solicitada y ahora sigue su curso normal, es decir, tardará un par de años en ser decidido en los tribunales inferiores y varios años más en conseguirse una decisión del tribunal de apelaciones (ver 2009.61.00.020497-7).

de los demandantes y ordenó al Estado que proporcionara todo lo que solicitaba el MP.

Una característica notable de esta decisión es la forma en la que el juez rechazó las complejidades del caso. Para él, el problema era exclusivamente jurídico, es decir, no eran necesarias pruebas técnicas que le ayudaran a tomar una decisión. Era un simple caso de hacer cumplir el derecho a la salud reconocido por la Constitución que, en su interpretación, obligaba al estado a tratar a todas las personas que sufrieran una determinada enfermedad cuando existiera tratamiento. Por tanto, para el juez, cuando el estado afirmaba que no tenía suficientes recursos para tratar a todos los individuos autistas con el mejor tratamiento posible, lo que estaba haciendo era reconocer que violaba el derecho a la salud. La falta de recursos podría resolverse con facilidad, afirmaba el juez, si el estado usaba “esa enorme suma mal gastada en publicidad”. En toda la decisión, que tiene once páginas, hay un único párrafo sobre lo que se podría defender que debería ser el problema central del caso, es decir, si la política estatal de tratamiento del autismo era apropiada o no. Sin embargo, puesto que se reconocía que el estado no ofrecía el mejor tratamiento disponible para todos los individuos autistas, el juez rechazó rápidamente la política estatal por considerarla inadecuada. La mayor parte de la decisión está dedicada a ofrecer una descripción de qué es el autismo y a un análisis de los aspectos jurídicos del derecho constitucional a la salud.

A mediados de 2005, el Tribunal de Apelación confirmó la decisión del tribunal inferior. Sin embargo, una vez más, no existe un análisis en profundidad sobre la política estatal para tratar el autismo. La decisión se concentra, como es usual, en los aspectos jurídicos del derecho a la salud reconocidos en la Constitución, que se interpretan de manera expansiva (algo que también es usual), como un derecho de todas las personas a recibir el tratamiento disponible para su enfermedad. Si se interpreta de esa forma expansiva (lógicamente) no existe necesidad de analizar en detalle la adecuación de la política del Estado. Toda política que no conceda el mejor tratamiento disponible para cualquier persona es defectuosa y, en consecuencia, representa una violación del derecho a la salud. La cuestión de la limitación de recursos se rechaza de nuevo sin demasiado estudio en el siguiente pasaje:

El argumento, tan típico de los burócratas, de que el reconocimiento de este derecho esencial de los ciudadanos, acceder a la salud, puede socavar otras políticas de salud pública no tiene justificación. Todo lo que se requiere es una gestión racional, eficiente y honesta de los bienes públicos. No deberían darse ayudas [estatales] a las grandes empresas; no deberían venderse en dólares estadounidenses a precios subsidiados a banqueros

quebrados en violación de los principios de legalidad y moralidad pública. Los beneficios tributarios [del CPMF]²⁴ deberían invertirse en programas de salud pública. Si el Estado todavía no ha hecho esto, tiene que ser obligado por el Poder Judicial, el guardián de la Constitución, a hacerlo.²⁵

Con respecto al argumento de que los jueces no deberían determinar por sí mismos qué políticas públicas deberían ponerse en práctica y cómo habría que hacerlo, la decisión reitera la respuesta habitual de que la Constitución no concede “un cheque en blanco” a los poderes políticos. Por el contrario, la administración pública tiene que actuar dentro de los “vectores axiológicos” de la Constitución, en especial del “principio de la dignidad humana”.

Por consiguiente, no se hace ningún intento por ocuparse de los complejos problemas sobre cómo ofrecer un tratamiento adecuado a la totalidad de la población autista del estado de São Paulo, aunque la razón de no hacerlo no está relacionada con la interferencia indebida de los jueces en asuntos políticos. Más bien, lo que ocurre es que para los jueces el asunto es muy simple: se debe ofrecer el mejor tratamiento disponible de salud. Pero incluso con esa interpretación expansiva del derecho a la salud sigue existiendo un gran margen de incertidumbre acerca de su cumplimiento concreto. ¿Cuál es el mejor tratamiento disponible para las personas con autismo? Es claro que este caso es diferente del de la diabetes, analizado anteriormente, cuando el problema podría decidirse caso por caso mediante la prescripción de medicamentos determinados por el doctor a su paciente. Los casos de autismo se refieren a la creación de instituciones médicas equipadas para ocuparse de las complejas necesidades de salud y educativas de las personas con autismo.

¿Cuál debería ser el equipamiento material y el personal necesario para esas instalaciones de manera que se puedan considerar apropiadas para el tratamiento del autismo? ¿Cuántos empleados debería haber por paciente? ¿Cuántos médicos, enfermeras, nutricionistas, psicólogos, etc.? ¿Cómo deberían ser de grandes, luminosas y limpias las habitaciones? Los problemas involucrados son mucho más complejos que en casos como el de la diabetes, que giran en torno al suministro de medicamentos. El Estado, aprovechándose una vez más de

24 La Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF) fue un tributo provisional creado en 1994 a las transacciones financieras cuyos beneficios deberían invertirse en el sistema de salud; sin embargo, como pasa muchas veces con este tipo de tributos designados a partidas específicas, el recaudo fue paulatinamente desviado hacia otras áreas, sobre todo al pago de la deuda estatal.

25 Apelação Cível 278.801.5/8-00.

este problema, hizo uso de los procedimientos de aclaración ya mencionados (la solicitud de *embargos de declaração*) y consiguió obtener la siguiente aclaración del Tribunal de Apelaciones: “Es función del Estado, en el marco de la razonabilidad, establecer los criterios técnicos, médicos y educativos, para que una situación se pueda calificar como apropiada para el tratamiento del autismo”.²⁶

No es difícil imaginar las complejidades que surgieron (y todavía surgen) con relación al cumplimiento práctico de esa decisión. Puesto que no se dictó ninguna decisión para que el Estado elaborara un estudio sobre el autismo en el estado de São Paulo que permitiera saber el número estimado de personas que necesitaban tratamiento y establecer un plan para proporcionar un tratamiento adecuado a todas ellas, se dejó el cumplimiento de las decisiones a la iniciativa de las personas que sufrían autismo (a través de sus tutores) que, una vez que conocieron la sentencia del tribunal, acudieron al estado a solicitarlo. Estas solicitudes administrativas individuales de tratamiento se analizarían entonces caso por caso. El estado podría rechazar la solicitud (por ejemplo, por insuficientes pruebas de padecer autismo) o aceptarla y asignar el paciente a una clínica que considerara apropiada para tratar a esa persona.

Este formato individualizado para hacer cumplir una decisión colectiva, compleja e integral terminó por causar una serie de problemas con respecto al cumplimiento. Le dio al estado una mayor oportunidad de controlar el ritmo y el ámbito del cumplimiento de la decisión, lo que a su vez generó una multitud de demandas judiciales adicionales, individualizadas (algo que se suponía que la demanda colectiva prevendría en lugar de estimular). De hecho, muchos demandantes autistas, como era esperable, demandaban la decisión administrativa del estado, aun cuando se les reconociera una plaza en una clínica (bien debido a su localización, bien a su supuesta inadecuación). Cada conflicto administrativo de esta clase dio lugar (y todavía da lugar) a una demanda individual (llamada *habilitação*, un procedimiento separado subsidiario de cumplimiento con respecto a la demanda judicial principal) que tienen que decidir los jueces. Los jueces se convierten así en microgestores de la prestación de los servicios de salud. Ha habido cientos de demandas individuales y todavía continúan presentándose cotidianamente.²⁷ Estudiaremos ahora un par de esos casos para ver con mayor detalle cómo funciona el procedimiento.

26 Embargos de Declaração 278.801.5/0-01.

27 Entrevista con abogados del estado, septiembre de 2010. No fue posible establecer el número exacto de esa andanada de demandas individuales. Una

El 19 febrero 2009, el menor L.P.A, representado por un abogado particular, presentó una demanda judicial individual en la que afirmaba que la clínica en la que se le estaba tratando, escogida por el estado, era inadecuada. Se solicitaba al juez ordenar al estado que financiara su transferencia a una clínica privada de su elección para su tratamiento. El juez escuchó al MP, que fue el patrocinador de la demanda colectiva, como ya sabemos, cuya opinión era que la reclamación debería rechazarse porque el estado había cumplido con su deber. El juez de instancia aceptó esa opinión y tomó una decisión favorable al estado. El demandante apeló y el Tribunal de Apelación decidió, el 13 abril de 2010, anular la decisión del tribunal de instancia. Declaró que no era suficiente que el estado y el MP dijeran que la clínica era apropiada para las necesidades de un paciente individual. También debían probar, mediante peritos, que así era. Por tanto, ordenó que se presentaran esas pruebas ante el tribunal y que, mientras no estuvieran disponibles, el Estado debería financiar el tratamiento en una clínica de elección del demandante. Ahora bien, recuérdese que esos casos ya se dan por cientos y que crecen día a día.

Además del caos administrativo que esta “individualización” ha causado en el tribunal inferior que decidió la demanda colectiva original (ya que por ley cada nuevo caso subsidiario debe presentarse ante el mismo tribunal), también tiene el potencial de crear otras injusticias. De hecho, como se ha argumentado, una de las ventajas reconocidas de las demandas colectivas con respecto al cumplimiento de los derechos sociales es que tienen el potencial de evitar los efectos regresivos relativos a la presentación individual de demandas judiciales debido a las desigualdades de acceso a los tribunales; la individualización del cumplimiento de las decisiones colectivas acaba produciendo justo el mismo riesgo. Les da una ventaja clara a aquellos pacientes cuyas familias están bien informadas y cuentan con suficientes recursos como para haber conocido la decisión, ser capaces de presentar una solicitud administrativa apropiadamente documentada y poder acudir a un tribunal para oponerse a una decisión administrativa desfavorable.

Esos problemas de cumplimiento, y la inequidad potencial, no le fueron ajenos al juez de instancia encargado de decidir cientos de demandas individuales de cumplimiento. En una decisión heterodoxa,

búsqueda en la base de datos del Tribunal de Apelaciones del estado de São Paulo sobre decisiones, con las palabras “autistas” y “ação civil pública” arrojó 227 resultados. Teniendo en cuenta que ni la base de datos ni los métodos de búsqueda cubren la totalidad de casos, y que no incluyen los casos de los tribunales inferiores que no hayan sido apelados, el volumen debe ser considerablemente mayor.

que dejaba ver la frustración en cada frase, el juez decidió, ocho años después de la decisión original, que ya estaba cansado de microgestionar la prestación del tratamiento a cientos de personas y pacientes (en gran medida, todavía privilegiados). Criticando con dureza al estado por sus tácticas dilatorias y al MP por su posición pasiva, decidió no aceptar más reclamaciones individuales y determinó (sin demasiado sentido práctico, debe decirse), que el MP público y el Estado combinarían sus esfuerzos para ofrecer, de una vez por todas, tratamiento adecuado a todas las personas autistas en un plazo de 90 días.²⁸ Merece citarse en extenso un extracto de la decisión:

6. Numerosos familiares de los individuos autistas acuden al edificio de los tribunales, a menudo personas pobres que vienen de todo el estado, para solicitarle al juez que haga esfuerzos personales de manera que reciban el dinero o que sus familiares sean admitidos en clínicas privadas. Desde hoy esto cambiará, esos familiares y sus abogados deben dirigirse directamente a la Secretaría de Salud del Estado o al Ministerio Público.

7. Debido al escaso número de empleados de mi tribunal (6º Ofício da Fazenda Pública da Capital), unos 14, y a noticias que dicen que el Tribunal de Apelación (Tribunal de Justiça) quiere reasignar a 450 empleados de los tribunales inferiores para que trabajen en las oficinas de los ilustres jueces de apelación, no hay personal para atender a los familiares del autista que vengan a mi tribunal con la esperanza de conseguir que la decisión judicial se haga cumplir.

8. No es deber del juez, según la redacción de la decisión, verificar la situación personal de cada persona autista [...].

9. Según la orden contenida en la decisión judicial, es la Secretaría del Estado quien, a petición de la familia de la persona autista, debería verificar, individualmente, y en función de las pruebas contenidas en un informe médico, cuál es la mejor institución a la que enviar al paciente, que se encuentre tan cerca como sea posible de donde residen sus familiares, o a otra distinta si existe una justificación válida para ello.

10. No hay nada en la decisión judicial que establezca que el juez de cumplimiento debería reemplazar al secretario de Salud en sus deberes (el juez no es un médico que diagnostique el autismo, ni es capaz de escoger institución adecuada para cada caso específico, ni tiene el conocimiento técnico para analizar la prescripción médica que determina cuál es el tratamiento más apropiado para cada situación específica).

11. [...] cabe destacar que solo un número pequeño de personas autistas (entre una población de millones de personas que tiene el estado de São Paulo) se está beneficiando de la decisión judicial, puesto que solo aquellos que contratan abogados particulares están recibiendo asistencia mediante las órdenes de cumplimiento individuales dictadas por este tribunal. [...] 13. Por esta razón, establezco que el estado, que tiene que mantener un registro de todas las personas

28 Para un desarrollo similar en Colombia, ver la famosa sentencia T-760/08 de la Corte Constitucional, y el análisis en Yamin, Parra-Vera y Gianella (2011).

autistas que buscan tratamiento, se ocupe directamente de las reclamaciones de los familiares y sus abogados, como se determinó en la decisión judicial original, cuando aquellas vayan acompañadas de un diagnóstico médico en el que se pruebe la condición del paciente, y se proporcione al demandante, en un plazo no superior a 30 días, una institución adecuada para su tratamiento, conforme a lo dispuesto en la decisión original, y se proporcione a los familiares toda la información necesaria para el comienzo del tratamiento y pagar directamente a las clínicas, sujeto a una multa diaria de 50.000 reales [USD \$30.000] en caso de no hacerlo. 14. Si el estado no cumple con estas disposiciones, el MP convocará a todos los guardianes legales de las personas autistas en un solo acto, y a un periódico de los más importantes, o a una red de televisión, para entregarle los documentos médicos a la Secretaría de Salud del estado con el propósito de permitir la prestación rápida de asistencia educativa a los pacientes, es decir, el cumplimiento pleno de la decisión judicial, de una vez por todas, en un plazo de 90 días.

El juez ordena que el MP, la DP y el Tribunal de Apelaciones hagan pública la decisión judicial en todo el estado de São Paulo, de manera que llegue a todos los autistas, y, debido al aumento esperado de las demandas, asigne más procuradores, defensores públicos y empleados de tribunales para atender a los reclamantes autistas. Determina también que la Secretaría de Salud incremente su personal para atender el mayor número esperado de autistas que acudan al Estado solicitando tratamiento.

Al final determina que, para ser equitativos con todos aquellos que no pueden acudir individualmente a los jueces para hacer cumplir la decisión, los procedimientos individuales de cumplimiento no se aceptarán más y termina con una afirmación bastante triunfal: “21. Se necesita coraje para hacer ejecutar las decisiones judiciales; las decisiones del Poder Judicial no pueden ser solo simbólicas”.

Creo que la frustración del juez del tribunal de instancia está justificada y que la fuerza de su argumento, si se dejan a un lado algunos párrafos extraños, es correcta. La individualización del cumplimiento termina por socavar el propósito mismo de las demandas colectivas. Como analizo con mayor detalle en las conclusiones, no estoy seguro si el cumplimiento colectivo es siquiera posible o deseable. Pero el hecho es que el cumplimiento individualizado, a pesar de sus problemas de equidad y la participación de los jueces en la microgestión, es claramente mucho menos difícil. La cruda verdad es que los cientos de personas que cuentan con recursos para acudir a los tribunales mediante procedimientos de cumplimiento individualizados están hoy recibiendo tratamientos en clínicas de su elección, mientras que los miles que no pueden acudir a los tribunales de manera individual, bien porque

no conocen la decisión, bien porque carecen de recursos, o por ambas cosas, terminan por depender de los servicios más estandarizados provistos por el Estado y a menudo tienen que manejarse sin ellos.

Además, la mayoría de los jueces de instancia (con raras excepciones, como la de este juez) y los tribunales superiores se sienten más cómodos con el cumplimiento individualizado. Ya hemos visto un ejemplo de esta tendencia en las decisiones del STF y en el caso de la diabetes estudiado en las páginas anteriores. Lo mismo ocurrió en el caso del autismo. La decisión del juez de instancia que se acaba de citar fue rápidamente anulada por el Tribunal de Apelación al considerarla inadecuada. El cumplimiento individualizado, dijo el Tribunal de Apelación, no solo es el método adecuado según las normas procesales, sino también un derecho constitucional fundamental de los individuos (el derecho de acceso a los tribunales, art. 5, XXXV, de la Constitución federal).

Conclusiones

He analizado en este capítulo por qué las demandas colectivas que se refieren a reclamaciones de derechos sociales y económicos son muy inferiores en número a las demandas individuales en Brasil. Sugerí que un importante elemento explicativo son las mayores dificultades a las que se enfrentan las demandas colectivas con respecto al cumplimiento, y no me refiero solo al cumplimiento real de una decisión en favor del demandante (llamo a esto cumplimiento fáctico), sino también a la capacidad de un tribunal de derecho a traducir las normas constitucionales genéricas que reconocen derechos sociales y económicos en órdenes específicas que se puedan cumplir en el mundo real (llamo a esto cumplimiento jurídico). Para comprobar mi hipótesis estudié el derecho constitucional a la salud, reconocido en los artículos 6 y 196 de la Constitución brasileña, y que ha sido objeto de un aumento enorme de demandas ante los tribunales, fenómeno que suele conocerse como “judicialización de la salud”. Al igual que pasa con otros derechos económicos y sociales, las demandas judiciales colectivas en el área de la salud son también pocas en Brasil.

La explicación para esta diferencia en el número de demandas tiene que ver, como es obvio, con una compleja mezcla de variables que no estudié en este capítulo. Una de esas variables es matemática: los individuos son, como es lógico, más numerosos que los grupos formados por esos mismos individuos. Otra es el número enorme de abogados particulares que pueden presentar demandas individuales, en comparación con los pocos abogados públicos que pueden presentar

demandas colectivas.²⁹ No obstante, argumento que esos factores no pueden explicar por sí mismos la enorme diferencia entre demandas colectivas e individuales. Tampoco pueden explicarse mediante otras variables jurídicas, políticas y sociales que suelen mencionarse en la literatura académica y en los debates. No existen, por ejemplo, barreras procedimentales significativas para presentar demandas colectivas en el sistema jurídico brasileño, aparte de las normas sobre legitimidad procesal que ya se han mencionado. Por el contrario, la Constitución y las leyes ordinarias establecen esos procedimientos, como la *ação civil pública* (Ley Federal 7.347, de 24 julio 1985), que se pueden emplear con facilidad por el MP y otros sujetos. Las normas y prácticas relativas a las medidas judiciales no se pueden considerar tampoco como una barrera significativa. Los jueces brasileños cuentan con una libertad razonable para dictar las medidas compensatorias que sean adecuadas para el caso que se está juzgando (entre las cuales estarían las indemnizaciones, las prohibiciones y las órdenes de actuar) y tienen instrumentos efectivos para hacer que en caso de desacato se cumplan sus decisiones (por ejemplo, mediante la imposición de multas e incluso la amenaza de la prisión). Eso mismo es aplicable a las normas y prácticas relativas a la jurisdicción de supervisión del tribunal (por ejemplo, la prórroga de la competencia del tribunal para seguir la implementación de la sentencia). Como se analizó con respecto al caso del autismo, los tribunales pudieron seguir por tiempo indefinido el cumplimiento de la decisión, mediante procedimientos de cumplimiento, siempre que así lo solicitaran las partes involucradas en el caso.

En lo que se refiere a las llamadas variables políticas, como la capacidad de la estructura estatal de hacer efectivas las decisiones sobre derechos sociales y económicos, y de los acuerdos institucionales entre los jueces y los poderes Ejecutivo y Legislativo, tampoco parece haber obstáculos significativos en lo que se refiere al cumplimiento de los derechos sociales y económicos en Brasil. En especial, en los estados desarrollados del sureste, en los que las demandas judiciales son más numerosas, la estructura estatal cuenta con gran capacidad para hacer cumplir la mayoría de las decisiones judiciales. Además, las acusaciones de usurpación del poder por parte de los jueces se descartan rápidamente por los propios tribunales, que argumentan que la Constitución es la que ordena la interferencia judicial para proteger esos derechos.

Por último, la sociedad civil brasileña se encuentra razonablemente bien organizada en el campo de la defensa de los derechos, en especial

29 D. Wang (2009) y entrevista con los defensores públicos en São Paulo, 29 de julio de 2009.

de los derechos a la salud. Según la investigación llevada a cabo por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, en el año 2005 hubo 60.250 organizaciones no gubernamentales de esa clase (IBGE, 2005). Muchas de ellas tienen bastante práctica en recurrir a los tribunales como estrategia para lograr sus intereses en el campo de la salud, bien de forma directa, como en el campo del VIH-sida; bien de forma indirecta, a través del MP, como ocurrió en los casos de diabetes y de autismo analizados en este capítulo (Ministerio de Salud de Brasil, 2005).

Así que, si bien no se llevó a cabo un estudio profundo de todas las variables potenciales debido al espacio limitado, parece justo decir que no es muy probable que en Brasil sean significativas las variables políticas, jurídicas y sociales que más comúnmente se suelen mencionar como elementos explicativos del número de demandas y del grado de cumplimiento, aunque bien pueden tener un papel secundario que merezca investigarse más.

En Brasil, la variable más importante, como he intentado explicar en este capítulo, parecen ser los obstáculos al cumplimiento (jurídico y fáctico), mucho mayores en las demandas colectivas que en las individuales. Un análisis cualitativo de las decisiones de los pocos casos colectivos sobre derecho a la salud que han llegado al Supremo Tribunal Federal muestra que existe una gran renuencia por parte de ese tribunal a aceptar casos colectivos. Mientras que casi todos los casos individuales han sido decididos por los jueces en favor de los demandantes, no hay ningún caso colectivo que hasta ahora haya sido exitoso ante el STF. Esa misma renuencia se puede encontrar, aunque con menor intensidad, en los tribunales de apelación de los estados y en los tribunales de instancia. De hecho, la mayoría de los entrevistados opinaron que las demandas colectivas se reciben con mucha mayor renuencia por los jueces. Esta opinión es congruente con los resultados de una investigación cuantitativa sobre todos los casos colectivos presentados por el MP del estado de São Paulo entre los años 2000 y 2008. Como se explicó, el índice de fracaso de las demandas colectivas, que es de un 53 %, es mucho más alto que el que se encuentra en los diversos estudios sobre demandas individuales (y que va del 17 al 0 %). Intenté explicar esta discrepancia por la mayor dificultad que tienen los jueces a la hora de concretar las normas genéricas de la Constitución en decisiones específicas para el Estado cuando las demandas colectivas exigen medidas estructurales (obstáculo del cumplimiento jurídico). Pero incluso cuando las demandas colectivas son exitosas ante los tribunales, su cumplimiento práctico enfrenta considerables obstáculos. El caso de los autistas, que usé como estudio de caso en este capítulo, proporciona un claro ejemplo de esos problemas. La decisión judicial

fue tan completa (el Estado fue condenado a proporcionar tratamiento adecuado a todas las personas autistas en el estado de São Paulo) que en la práctica era imposible de cumplir. La “solución”, como se ha visto, fue convertir la orden estructural en órdenes de cumplimiento individuales, y dejar la iniciativa de volver a los tribunales a los individuos interesados para que reclamaran, uno por uno, el beneficio concedido por la decisión colectiva original.

Sigue abierto a discusión si las demandas colectivas son de hecho imposibles de cumplir, y si deberían tratarse de una manera tan diferente por los jueces. En mi opinión, es evidentemente mucho más complejo poner en práctica una orden colectiva de la clase dictada en el caso sobre el autismo, o en otros casos estructurales como los de servicios sanitarios básicos, que en casos individuales como los que conceden medicamentos u otras formas de tratamiento a una persona concreta. Pero la “solución” no es, en mi opinión, rechazar sin más los casos colectivos (insuficiencia de cumplimiento jurídico) o convertirlos, en la etapa de cumplimiento, en casos individuales.

El problema que se intenta decidir en los casos individuales y colectivos es el mismo: quién debería conseguir qué con respecto a los servicios de salud (u otros bienes sociales y económicos, por ejemplo, educación, vivienda, etc.) teniendo en cuenta los recursos limitados del Estado. Este es un escabroso problema moral y político de justicia distributiva que los tribunales podrían no estar bien preparados o legitimados para decidir. Los casos colectivos simplemente hacen más visible ese dilema.

Referencias

- Arantes, R. B. (2002). *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: EDUC, Editora Sumaré and Fapesp.
- Barcellos, A. P. (2014). Sanitation rights, public law litigation, and inequality: A case study from Brazil. *Health and Human Rights*, 16 (2).
- Bilchitz, D. (2002). Giving socio-economic rights teeth: The minimum core and its importance. *South African Law Journal*, 119, 484-501.
- Coutinho, M. L. (2010). *Ativismo judicial. Uma análise a partir do direito à moradia* [Masters Dissertation]. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.
- Cunha, L. (2001). *Acesso à justiça e assistência jurídica em São Paulo*. En Sadek, M. T. (org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer.
- Dugard, J. y Roux, T. (2006). The record of the South African Constitutional Court in providing an institutional voice for the poor 1995-2004. En Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (eds.). *Courts*

and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor? (pp. 107-125). Aldershot/Burlington: Ashgate.

Epp, C. (1998). The rights revolution: Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective. Chicago: Chicago University Press.

Ferraz, O. L. (2009a). The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities? *Health and Human Rights: An International Journal*, 11 (2), 33-45.

Ferraz, O. L. (2009b). Right to health litigation in Brazil: An overview of the research. *Social Science Research Network*. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1426011

Ferraz, O. L. y Sulpino Vieira, F. (2009). Direito à saúde, recursos escassos e equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 52 (1), 223-251.

Fuller, L. (1978). The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, 92 (2), 353-409.

Gauri, V. y Brinks, D. M. (2008). *Courting social justice: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gloppen, S. (2008). Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health. *Health and Human Rights: An International Journal*, 10 (2), 21-36.

Hoffman, F. F. y Bentes, F. R. N. M. (2008). Accountability for social and economic rights in Brazil. En Gauri, V. y Brinks, D. M. (eds.). *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world* (pp. 100-145). Cambridge: Cambridge University Press.

IBGE (2005). *As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil 2005*. Recuperado de <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005/defaulttab.shtm>.

Lopes, J. R. (2006). Os tribunais e os direitos sociais no Brasil — saúde e educação: um estudo de caso revisitado. En *Direitos Sociais: teoria e prática* (pp. 221-264). São Paulo: Método.

Macedo, R. P. (2005). Ação civil pública, o direito social e os princípios. En Milaré, E. *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Ministerio de Salud de Brazil (2005). *O remédio via justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília: MoH, Programa Nacional de DST e AIDS.

Nassar, P. A. (2011). *Judicialização do Direito à Moradia e Transformação Social. Análise das ações civis públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo* [Masters Dissertation]. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.

- Pepe, V. L., Ventura, M. *et al.* (2010). Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, 26 (3), 461-471.
- Sager, L. G. (1978). Fair Measure: The legal status of underenforced constitutional norms. *Harvard Law Review*, 91(6), 1212-1264.
- Sager, L. G. (2010). Material rights, underenforcement, and the adjudication thesis. [Symposium: “Justice for Hedgehogs: A conference on Ronald Dworkin’s forthcoming Book]. *Boston Law Review*, 90, 579.
- Vianna, L. W., Burgos, M. (2002). Revolução processual e democracia progressiva. En Vianna, L. W. (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG.
- Vieira, F. y Zucchi, P. (2007). Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, 41 (2), 214-222.
- Wang, D. (2009). Poder judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde. [Tesis de maestria]. São Paulo: University of São Paulo.
- Wesson, M. (2004). Grootboom and Beyond: Reassessing the socio-economic jurisprudence of the South African Constitutional Court. *South African Journal on Human Rights*, 20 (2), 284-308.
- Yamin, A. y Gloppen, S. (eds.) (2011). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Yamin, A., Parra-Vera, O. y Gianella, C. (2011). Colombia. Judicial Protection on the Right to Health: An Elusive Promise? En Yamin, A. y Gloppen, S. (eds.) (2011). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Cambridge, MA: Harvard University Press.

7. Canadá: reclamaciones sistémicas y diversidad de medidas judiciales

*Bruce Porter**

* El autor desea agradecer a Jaime Mor su útil asistencia editorial y de investigación, y al Social Sciences and Humanities Research Council Community-University Research Alliance su asistencia financiera para esta investigación (www.socialrightscura.ca).

Introducción

El éxito de las estrategias para el cumplimiento de los derechos sociales no debería medirse únicamente a partir del historial de cumplimiento de las medidas ordenadas por los tribunales o los juzgados. Las medidas judiciales fácilmente ejecutables pueden no ser efectivas para solucionar ciertas clases de violaciones de los derechos sociales. La preferencia de querellantes y tribunales por demandas que sean más fácilmente ejecutables tal vez consiga un mejor historial de cumplimiento, pero niega justicia a las víctimas al no prestar atención a aquellas violaciones sistemáticas de los derechos sociales que son más difíciles de hacer cumplir. Hace falta una evaluación más profunda de las estrategias de cumplimiento en relación con los objetivos y los propósitos de las reclamaciones de derechos consideradas, así como de los fines más amplios de las demandas judiciales sobre derechos sociales. Las consideraciones pragmáticas sobre qué clase de demandas es posible ganar y con cuáles obtener medidas judiciales ejecutables a corto plazo deben ponderarse con otras que miren hacia el futuro, hacia la mejora del papel de los tribunales en la realización de todos los aspectos de los derechos sociales, no solo de aquellos que se ajustan a los modelos tradicionales de exigibilidad judicial y cumplimiento.

En Canadá es evidente que hay una tensión entre las medidas judiciales más usuales o atractivas para los tribunales, que son más fáciles de implementar, y las que son más efectivas desde el punto de vista de las violaciones que los demandantes intentan solucionar. Lo que Louise Arbour ha descrito como “timidez” entre los demandantes y tribunales canadienses a la hora de promover reclamaciones de derechos sociales que conlleven medidas judiciales o cumplimientos más complejos, ha tendido a eximir importantes violaciones de los derechos sociales de su estudio por los jueces, y a menudo le ha negado acceso a la justicia a los miembros más desfavorecidos de la sociedad (Arbour, 2005, p. 7). El problema del cumplimiento de las medidas sobre

derechos sociales en Canadá es principalmente que no se reclaman ni ordenan remedios judiciales efectivos, no tanto que no se cumplan las medidas ordenadas. Cuando un Gobierno tiene un plazo para cumplir con una medida para remediar una violación constitucional, generalmente lo cumple, aunque a veces se han solicitado, y se han otorgado, extensiones del plazo.¹

La cláusula de excepción (“sin perjuicio de”) contemplada en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (en adelante la Carta)² permite al Parlamento o a los órganos legislativos provinciales exceptuar explícitamente ciertas normas de algunos derechos de la Carta. Las autoridades públicas de Canadá, por suerte, rara vez han recurrido a esa cláusula, salvo una vez para evitar el cumplimiento de una decisión judicial. En ese caso, el Partido Quebequés, que gobernaba Quebec, y que tenía razones históricas para resistirse a la aplicación de la Carta canadiense después de que se hubiera negociado sin el apoyo de la provincia, invocó la cláusula de excepción para conservar la ley de lenguas de Quebec, después de que el Tribunal Supremo hubiera determinado que violaba la Carta.³ Sin embargo, un gobierno posterior de Quebec modificó la ley después de que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas considerara una demanda presentada conforme al Protocolo Opcional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y determinase que la redacción de la ley también era contraria al Pacto.⁴

La necesidad de contar con remedios más efectivos frente a las violaciones sistemáticas de derechos sociales, en especial los contenidos en la Carta, ha sido identificada por los órganos de las Naciones Unidas como un asunto crucial en Canadá. Los relatores especiales encargados de los derechos a la vivienda y a la alimentación visitaron el país en misiones, y ambos subrayaron la necesidad de mecanismos institucionales mediante los cuales sean reclamables y ejecutables estos derechos. Han destacado que las tácticas remediales deben incluir estrategias nacionales coordinadas, involucrar a una variedad de sujetos,

1 Véase, por ejemplo, además de la decisión del Tribunal Supremo en *Eldridge vs. British Columbia* (Attorney General), [1997] 3 SCR 624 [*Eldridge*], Application for a Stay of the Decision of the SCC of the 9th of October, 1997, Court File No. 24896. Declaración jurada (*affidavit*) de Heather Davidson, el 25 de marzo de 1998.

2 Canadian Charter of Rights and Freedoms [Carta canadiense de Derechos y Libertades], parte I de la Constitution Act, 1982, Schedule B de la Canada Act 1982 (UK), 1982, c. 11 [la Carta canadiense o la Carta], sección 33.

3 *Ford vs. Quebec* (Attorney General), [1988] 2 SCR 712.

4 Ballantyne, Davidson, McIntyre *vs.* Canada, Communications 359/1989 y 385/1989, UN Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 y 385/1989/Rev.1 (1993).

e incorporar diversas medidas legislativas y programáticas.⁵ Se han hecho recomendaciones parecidas por parte del Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) en las revisiones de los informes periódicos de Canadá, de los miembros del Consejo de Derechos Humanos durante la revisión periódica universal, y de los comités parlamentarios que examinan los problemas de la pobreza y las personas sin vivienda en Canadá.⁶

Los gobiernos de Canadá no han implementado esas recomendaciones y se han opuesto activamente a interpretaciones de la Carta que proporcionarían remedios efectivos para las violaciones de derechos sociales. Como ha señalado reiteradamente el CDESC, los gobiernos han mostrado un patrón por el que instan “a los tribunales a una interpretación de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades que niegue la protección de los derechos del Pacto”.⁷ Los argumentos de los gobiernos en contra de que los tribunales tengan un papel más activo en la supervisión de la implementación de los remedios de derechos sociales no han sido, en gran medida, acogidos por el Tribunal Supremo de Canadá, pero este también ha sido tímido a la hora de afirmar la existencia de obligaciones positivas con respecto a los derechos sociales, y ha mostrado un patrón de evasión de las cuestiones más críticas sobre derechos sociales al negarse a admitir casos importantes.⁸

5 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Report of the Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living, and on the Right to Non-discrimination in this Context, Miloon Kothari - Addendum - Mission to Canada* (9 a 22 de octubre de 2007) (Tenth session, 2009) A/HRC/10/7/Add.3 (2009); Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Acnudh), Olivier De Schutter, *Special Rapporteur on the right to food: Visit to Canada from 6 to 16 May 2012: End-of-mission statement*. (<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12159&LangID=E>).

6 Para una descripción de las muchas recomendaciones sobre estrategias basadas en derecho para la vivienda y contra la pobreza, véase Porter (2014).

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, *Concluding Observations: Canada* (Thirty-sixth session, 2006), UN Doc E/C.12/CAN/CO/4 & E/C.12/CAN/CO/5 (2006) at para 11(b) [Observaciones finales 2006]. Un ejemplo reciente de este patrón puede leerse en *Factum of the Attorney General of Canada* in the Motion to Dismiss in *Tanudjaja vs. Canada* (Ont Sup Ct File n. CV-10-403688) (2011), analizado después. ([http://socialrights-cura.ca/documents/legal/motion%20to%20strike/Attorney%20General%20of%20Canada%20Factum%20-%20Motion%20to%20Strike%20\(R2H\).pdf](http://socialrights-cura.ca/documents/legal/motion%20to%20strike/Attorney%20General%20of%20Canada%20Factum%20-%20Motion%20to%20Strike%20(R2H).pdf)).

8 Véase, por ejemplo, Jennifer Tanudjaja, *et al. vs. Attorney General of Canada, et al.*, 2015 CanLII 36780 (SCC), que trata de la obligación de adoptar medidas positivas para ocuparse del problema de las personas sin hogar (analizado después); Nell Toussaint *vs. Attorney General of Canada*, 2012 CanLII 17813 (SCC), que se ocupa de los derechos a la salud de los inmigrantes; Denise Boulter *vs. Nova Scotia Power Incorporated and Attorney General of Nova Scotia*; Yvonne Carvery, Wayne MacNaughton and Affordable Energy Coalition *vs.*

Es posible reclamar remedios efectivos frente a violaciones de derechos sociales conforme a la Carta, y la lucha de los pobres en Canadá por conseguir acceso a la justicia sigue viva. El Tribunal Supremo ha sido claro al expresar que los derechos formulados ampliamente en la Carta, como el derecho a la seguridad de la persona o el derecho a la igualdad de beneficios contemplados por el sistema jurídico pueden interpretarse como incluyentes de los derechos económicos y sociales, y también ha reconocido la disponibilidad de una amplia variedad de remedios para los tribunales (Porter y Jackman, 2008; Porter, 2006). El Tribunal ha reconocido que el principio superior debe ser garantizar que los remedios sean efectivos para proteger y reivindicar los derechos en cuestión y respondan a las circunstancias del caso. Sin embargo, los tribunales inferiores han tendido a alinear sus interpretaciones de los derechos con aquellos que pueden remediar de inmediato, y atienden las mociones para archivar las demandas que solicitan remedios más sistémicos. Los defensores han seguido, en general, la misma tendencia y han evitado las demandas que solicitan de los tribunales una intervención más robusta en cuanto a los remedios y al cumplimiento, que a su vez pudieran generar una fatigante oposición del Gobierno y resistencia jurídica.⁹ Los supuestos tradicionales sobre competencia judicial limitada y sobre que la autoridad para remediar las violaciones de derechos sociales adopte la forma recomendada por los órganos de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas (adoptada por los tribunales en algunas jurisdicciones), continúan planteando los mayores obstáculos a la efectividad de las demandas sobre derechos sociales en el actual panorama jurídico de Canadá.

En el capítulo 3, César Rodríguez Garavito propone una matriz que describe los resultados efectivos de las sentencias sobre DESC y los organiza en cuatro cuadrantes.¹⁰ Igual que la valoración propuesta

Nova Scotia Power Incorporated and Attorney General of Nova Scotia, 2009 CanLII 47476 (SCC), que trata del acceso a la electricidad de los hogares pobres.

9 Dos ejemplos de mociones exitosas que consiguieron el rechazo de demandas sistémicas e impidieron el examen de las pruebas en audiencias judiciales son *Canadian Bar Assn. vs. British Columbia*, 2008 BCCA 92, en el que se buscaba un remedio sistémico para la inadecuada asistencia legal en asuntos civiles, y *Tanudjaja vs. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852 (CanLII), analizado después.

10 Rodríguez identifica los siguientes tipos de resultados: 1) una "sentencia de papel" es aquella en la que no hay ningún cumplimiento significativo del remedio ordenado, ni ningún efecto positivo real posterior en los derechos afectados; 2) "ganar perdiendo", cuando no hay ningún cumplimiento significativo de la medida ordenada, pero, a pesar de ello, la decisión tiene efectos positivos en la situación; 3) "un proceso judicial de suma cero" que tiene lugar cuando hay un cumplimiento significativo, pero los resultados dificultan, o no

en este capítulo, el enfoque de Rodríguez Garavito mide los resultados del cumplimiento en función del objetivo de hacer efectivo el derecho en cuestión. Sin embargo, en el contexto canadiense no solo es útil considerar los resultados con respecto a los objetivos de los casos específicos, sino considerar también en qué medida esos remedios pueden ser efectivos para hacer realidad las transformaciones más generales sobre derechos sociales que busca la litigación; asimismo, analizar las formas en las que la preferencia por los paradigmas tradicionales de ejecución judicial por parte de los jueces y demandantes puede haber impedido enfrentar violaciones estructurales fundamentales, y si enfoques más abiertos con respecto a los remedios y el cumplimiento no podrían atacar mejor ese tipo de violaciones, aun si crean también nuevos retos con respecto a la posibilidad de implementación. En este capítulo se consideran los retos para la implementación de las medidas judiciales a la luz de tres duplas opuestas de las estrategias basadas en medidas judiciales: 1) inmediatas y predefinidas, por oposición a medidas continuadas y determinadas mediante un proceso (duras frente a blandas);¹¹ 2) puntuales (que implican una norma, una prestación o acción exigible y un demandado) frente a multifacéticas (implican múltiples derechos o varios sujetos) y, 3) correctivas (de una deficiencia o una omisión en un programa, ley o derecho existente) frente a transformadoras (de los sistemas existentes de reconocimiento de derechos).

El propósito de este capítulo no es sacar conclusiones estadísticas sobre el cumplimiento exitoso de las decisiones finales en Canadá. Es demasiado pronto para evaluar las estrategias sobre cumplimiento de los derechos sociales solo a partir de resultados pasados. Eso podría limitarse a reforzar los patrones sistémicos de exclusión que funcionan en el sistema de justicia de Canadá, al circunscribir las estrategias de uso de los tribunales a aquellas que ganan por ajustarse a los modelos tradicionales remediales y de cumplimiento, pero que pueden excluir a los demandantes más marginados y las reclamaciones más importantes. En lugar de medir los resultados de cumplimiento de un sistema de justicia que les ha negado el acceso a muchos reclamantes de derechos sociales, este capítulo ofrece una óptica amplia mediante la cual considerar su efectividad. Espero que esta perspectiva pueda ayudar a garantizar que la elección de estrategias remediales en diferentes circunstancias está adecuadamente informada por los principios más

tienen, efectos positivos en los derechos reclamados; 4) “un proceso judicial de suma positiva” que tiene lugar cuando hay un cumplimiento significativo de la medida judicial y hay efectos positivos.

11 Para una discusión paralela de los remedios “blandos” frente a los “duros” en el derecho internacional véase Abbott y Snidal (2000).

generales de acceso a la justicia e inclusión, y que sea congruente con los objetivos transformadores de la práctica de los derechos sociales.

En Canadá, las demandas judiciales sobre derechos sociales son un asunto en desarrollo. Es importante continuar aprendiendo de nuestras experiencias aunque sea demasiado pronto para limitar las estrategias de litigio y cumplimiento a las que ya han tenido éxito en el pasado, o para abandonar modelos más transformadores que han fallado. Como es obvio, no hay una estrategia universalmente preferible en cuanto a las medidas remediales y de cumplimiento de los derechos sociales; su elección debe considerarse en cada caso, y las necesidades y la motivación de los reclamantes del derecho deben ser siempre un factor crucial. Los reclamantes de derechos sociales no siempre aspiran a conseguir cambios estructurales más amplios o un efecto transformador. Si el demandante solo pide corregir un sistema de derechos reconocidos con el fin de conseguir vivienda, alimentación o servicios de salud, tal vez siendo incluido en un beneficio ya existente, el remedio más efectivo y apropiado en las circunstancias puede ser uno de ejecución inmediata, que se aplique al reconocimiento de un único derecho e identifique un único gobierno demandado.¹² En otros casos, como en la denuncia de la situación de las personas sin vivienda, los demandantes pueden abordar el proceso judicial con fines claramente transformadores, identificar múltiples derechos y demandados, y exigir la implementación de estrategias continuadas con una participación significativa de los interesados. Es importante garantizar que se emplee una variedad de estrategias remediales y de cumplimiento, así como la efectividad del cumplimiento en todos los casos.

Un concepto potencialmente unificador aplicable a las reclamaciones individuales de beneficios discretos y a las demandas sistémicas con fines más transformadores es el de “razonabilidad”. El concepto se ha aplicado en el derecho nacional e internacional para evaluar si

12 Un ejemplo de este enfoque con respecto a las medidas remediales puede verse en el caso *Toussaint vs. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213 (CanLII) (<http://canlii.ca/t/fm4v6>) y *Canadian Doctors for Refugee Care vs. Canada (Attorney general)*, 2014 FC 651 (CanLII) (<http://canlii.ca/t/g81sg>), en el que se abordaron las obligaciones positivas de proteger la vida de los inmigrantes dándoles acceso a los servicios de salud, mediante una denuncia de las exclusiones o los recortes del programa federal de salud existente, llamado *Interim Federal Health Programme*. El resultado de esta estrategia fue una victoria formal en el caso *Canadian Doctors for Refugee Health Care*, pero una pérdida estratégica en la cuestión de las obligaciones positivas de garantizar acceso a los servicios de salud. En el caso *Toussaint vs. Canadá*, la demanda no tuvo éxito en el Tribunal Federal de Apelaciones y ha sido presentada como comunicación ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Véase *Nell Toussaint vs. Canada HRC*, 2348-2014 (<http://www.socialrightscura.ca/eng/legal-strategies-right-to-healthcare.html>).

los programas y las políticas públicas, y también las decisiones individuales con respecto a los beneficios específicos respetan las obligaciones de hacer efectivos progresivamente los derechos sociales mediante las medidas presupuestales, legislativas y políticas apropiadas (Porter, próxima publicación). La jurisprudencia incipiente del Tribunal Supremo de Canadá sobre estos temas reconoce un estándar parecido de "razonabilidad" con respecto al cumplimiento de los derechos, que puede aplicarse a una variedad de decisiones, leyes o políticas. Como se explicará después, aplica de diferentes formas a los límites razonables conforme a la Carta,¹³ a la obligación de acoger razonablemente las necesidades de los grupos desfavorecidos y a los estándares de razonabilidad del derecho administrativo relativos al ejercicio de la autoridad discrecional y las decisiones administrativas. Aunque el estándar de razonabilidad plantea problemas propios del cumplimiento, correspondientes a un estándar más contextual y orientado por valores, cabe discutir que los riesgos de este modelo de cumplimiento "más blando" muchas veces son superados por el potencial transformador de un proceso de decisión fundamentado en estándares de derechos que se aplique a una amplia variedad de sujetos y políticas, y que se base y sea congruente con los valores y las normas internacionales de derechos humanos.

Un uso de los tribunales diseñado en torno a estrategias remediales y de cumplimiento para enfrentar las violaciones sistémicas de los derechos sociales en Canadá puede generar improntas de cumplimiento menos llamativas que las que ya han conseguido los remedios más tradicionales ordenados por los tribunales canadienses. Los remedios que afectan a varios programas y políticas a la vez, y deben ser formulados e implementados a lo largo del tiempo por una variedad de sujetos, plantean retos importantes a su cumplimiento. A veces será más práctico evitar esas dificultades e intentar cambios más graduales mediante remedios puntuales e inmediatos. Sin embargo, es importante equilibrar esas consideraciones con el efecto a más largo plazo de la falta continuada de reclamación de remedios más apropiados para las violaciones sistémicas de los derechos sociales experimentados por muchos de los grupos marginados. Los que viven en pobreza o no tienen vivienda en Canadá rara vez son víctimas de violaciones puntuales de sus derechos. Identificar las estrategias remediales y de cumplimiento efectivas debe seguir siendo una tarea contextual, que dependa de la naturaleza de la violación y de la reclamación presentada, y eso sigue siendo cierto para una visión

13 Carta canadiense, sección 1.

incluyente del acceso a la justicia que debe ser el principio rector de la práctica de los derechos sociales

Tres dimensiones de las medidas judiciales y del cumplimiento

Medidas duras o blandas

Las medidas constitucionales que invalidan normas legislativas específicas, o que “interpretan” en la norma ya existente beneficios que hasta ese momento habían sido negados, pertenecerían a la categoría de remedios “duros”, es decir, a las medidas ordenadas y definidas por el Tribunal y que tienen efectos inmediatos. Esta clase de remedios ha sido aplicada a varios derechos sociales en Canadá. En general, han sido efectivos y no han planteado problemas con respecto al cumplimiento por parte de los gobiernos.¹⁴

Los remedios “blandos”, en cambio, son aquellos en los que los tribunales establecen un proceso a fin de determinar cuál es el remedio apropiado para el futuro. Las opciones de remedios blandos en las demandas de constitucionalidad en Canadá se han fundamentado en órdenes declaratorias de varias clases. En algunos casos, esas declaraciones han proporcionado simplemente guías a los gobiernos sobre sus obligaciones constitucionales y los tribunales han dejado a la discrecionalidad de los gobiernos decidir si aplicar las directrices del Tribunal y cuándo hacerlo. En otros casos, los tribunales les han comunicado a los gobiernos que han sido violados uno o más derechos, han establecido los parámetros de lo necesario para remediar la violación y les han proporcionado el tiempo para diseñar e implementar los cambios requeridos.¹⁵

Algunas clases de leyes y de funciones judiciales están restringidas a remedios declaratorios más blandos. El derecho internacional de los derechos humanos no es directamente exigible por los tribunales en Canadá si no ha sido incorporado a la legislación nacional. Sin

14 Un ejemplo de medida judicial de anulación que declaró completamente derogada una norma es el caso *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) vs. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) vs. Laseur*, 2003 SCC 54 [2003] 2 SCR 504, en el que las prestaciones laborales de los trabajadores se extendieron a los trabajadores con dolor crónico. El mejor ejemplo de remedio “interpretativo” en el campo de los derechos sociales en Canadá es el caso *Sparks vs. Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority*, (1993), 119 NSR (2d) 91 [Sparks], que extendió la seguridad de la protección en la posesión a los residentes de viviendas públicas. Esos casos se analizan después.

15 Un buen ejemplo de un remedio “blando” de esta clase es la bien conocida decisión en *Eldridge*.

embargo, conforme a la jurisdicción consultiva que les permite responder preguntas remitidas por los gobiernos, los tribunales canadienses han aconsejado acerca de cómo resolver la incertidumbre jurídica sobre derecho internacional.¹⁶ Los tribunales pueden dictar sentencias declarativas sobre cuestiones jurídicas para fines totalmente extrajudiciales, como informar las negociaciones políticas.¹⁷ Sin embargo, se aplican enfoques más firmes cuando se determina la violación de derechos constitucionales por la legislación existente o cuando son necesarias leyes nuevas o modificadas para solucionar la violación. En esos casos, los tribunales han diferido la declaración de inconstitucionalidad con el fin de proporcionar a un Gobierno el plazo para implementar un remedio apropiado, antes de que la legislación impugnada quede sin vigencia.¹⁸ Las estrategias recientes de uso de los tribunales en Canadá han aplicado también herramientas como requisitos de entrega de información, calendarios, supervisión y criterios mínimos de desempeño, y han diseñado mecanismos participativos como elementos importantes para hacer más efectivas las declaraciones de inconstitucionalidad diferidas.¹⁹ Esos remedios se pueden fortalecer si el Tribunal conserva su jurisdicción y asume un papel supervisor para garantizar que se implementen los procesos apropiados y los resultados se consigan en un tiempo razonable.²⁰

Como se describirá después, las demandas sobre derechos sociales en Canadá se han beneficiado de remedios blandos, mediante los cuales los tribunales proporcionan las directrices necesarias sobre la responsabilidad de un Gobierno y le dan plazo para diseñar y aprobar el remedio correspondiente. La implementación de procesos para remediar una violación dentro de un plazo ha facilitado la participación significativa de los interesados, y ha estimulado el desarrollo y la implementación de nuevos programas.²¹ Existe el riesgo, como es obvio, de que medidas judiciales más blandas permitan a los gobiernos implementar remedios más débiles que los que hubiera ordenado el

16 Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217.

17 Manitoba Metis Federation Inc. vs. Canada (Attorney General), 2013 SCC 14 at para 131; Dumont vs. Canada (Attorney General), [1990] 1 SCR 279, p. 280.

18 Schachter vs. Canada, [1992] 2 SCR 679 y Roach, (2002). Un buen ejemplo del uso de una declaración diferida de inconstitucionalidad con respecto al derecho a la salud es la decisión de Eldridge, analizada después.

19 Véase el análisis *infra* de Tanudjaja vs. Attorney General (Canada), 2013 ONSC 1878.

20 Doucet-Boudreau vs. Nova Scotia (Minister of Education), at para 136; Roach, Kent y Budlender (2005), y Roach, (2013).

21 Véase el análisis *infra* de Eldridge.

Tribunal, o preservar la desigualdad estructural en el diseño de nuevos programas que podría haberse solucionado mejor mediante órdenes inmediatas que ampliaran la legislación, o programas existentes para incluir a los grupos excluidos.²² Como veremos, el riesgo se ha materializado en algunos casos en Canadá. Cuando se han aprobado medidas más débiles, sin embargo, el problema no ha sido el incumplimiento de las sentencias de los tribunales por el Gobierno, sino más bien la falta de compromiso de tribunales y gobiernos para conseguir la igualdad sustantiva y la participación democrática de los grupos marginados y desfavorecidos. También argumentaré que hay necesidad de reconfigurar el “diálogo” constitucional en el país, usualmente concebido como una interlocución de dos vías entre las ramas Judicial y Legislativa, en un diálogo democrático más amplio y significativo con los reclamantes de derechos y con una variedad de agentes institucionales con respecto a los remedios y el proceso de cumplimiento. Reconfigurar los remedios blandos para promover mejores valores democráticos puede tener un papel importante a la hora de abordar el déficit democrático que existe actualmente en Canadá.

Derecho puntual frente a derecho multifacético

Una segunda dimensión que hay que considerar a la hora de valorar la tensión entre posibilidad de cumplimiento y efectividad es el grado en el que los remedios remiten a más de una norma jurídica, a más de un beneficio jurídico puntual, o a más de un demandado. Incluso los remedios más blandos que proporcionan a un Gobierno específico un plazo para modificar una ley poco incluyente o un sistema de beneficios podrían no ser apropiados para solucionar las violaciones estructurales de los derechos sociales relacionados con la interacción de varios programas y de sistemas legislativos, o con patrones sistémicos de toma de decisiones administrativas. Los remedios efectivos frente a la pobreza, la situación de no tener vivienda o la exclusión social necesitan ir más allá de un programa específico o de una ley concreta para solucionar las causas estructurales. Como descubrió Amartya Sen (1988) en sus primeras obras sobre la hambruna, las violaciones sistémicas de los derechos sociales suelen estar arraigadas en “fallas del sistema de reconocimiento de derechos”, que van más allá del programa o del derecho específico. En Canadá, los remedios efectivos frente a la violación de derechos sociales requerirán a menudo estrategias integrales y reformas programáticas amplias que cubran varias áreas

22 Véase el análisis *infra* de *Dunmore vs. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 SCR1016, 2001 SCC 94, *infra*.

de programas interrelacionados, como subsidios a familias de bajos ingresos, subsidios de vivienda y protecciones salariales (Porter, 2014).

Es también importante considerar los retos excepcionales del federalismo y de los sistemas modernos de gobernanza para diseñar estrategias dirigidas a hacer cumplir los derechos sociales en Canadá. Muchas violaciones de derechos sociales están conectadas con jurisdicciones interdependientes y coincidentes de los ámbitos federal, provincial y municipal de gobierno. Las demandas de derechos sociales pueden no ajustarse siempre al marco tradicional “ciudadano contra Estado”, aunque tal vez sea así como deban estructurarse formalmente las demandas de constitucionalidad nacional o las demandas internacionales de derechos humanos. Quienes tienen en la práctica la responsabilidad de garantizar la realización efectiva de los derechos (“los titulares de los deberes”) pueden incluir agentes privados, organizaciones no gubernamentales o niveles diversos de gobierno que van de lo local a lo federal. Es probable que todos esos agentes estén ligados entre sí mediante redes de responsabilidad delegadas y jurisdicciones coincidentes en parte, por lo cual sus funciones se mezclan cada vez más. Las organizaciones de la sociedad civil, vinculadas tradicionalmente a los reclamantes de derechos, cada vez intervienen más en la prestación o la administración de servicios o programas y, por tanto, se mueven en los dos lados de la división de demandante y demandado en las reclamaciones de derechos. El modelo tradicional de medida judicial, por el que el Tribunal se limita a ordenar al Estado que proporcione un derecho negado o cese una acción que viola un derecho, a menudo es inadecuado. Las estrategias sobre medidas judiciales y de cumplimiento deben prestar atención a los diferentes papeles que tienen los Estados, no solo como legisladores, sino también para garantizar que una diversidad de sujetos se comporta de manera congruente con la realización efectiva de los derechos sociales.²³ Los tribunales podrían tener que diseñar remedios que tengan un efecto facilitador

23 Cabe establecer una conexión entre la idea de remedios “duros” y “blandos”, y lo que Sabel y Simon llaman enfoques de “orden y control” frente a enfoques “experimentales” con respecto a los remedios estructurales en las demandas de interés público. “La regulación de orden y control [...] toma la forma de regímenes integrales compuestos de normas fijas y específicas, establecidas por una autoridad central. Estas reglas prescriben los insumos y los procedimientos operativos de las instituciones que regulan. En cambio, la regulación experimentalista combina las normas más flexibles y profesionales con procedimientos que permiten la participación de los interesados y un control limitado de la responsabilidad” (2004, pp. 1019, 1067-1073). Para un análisis de los remedios “blandos” en los contextos canadienses y sudafricanos, véase Roach y Budlender (2005).

y provoquen la acción de múltiples sujetos e instituciones.²⁴ Como se describirá adelante, las estrategias relativas a los derechos sociales en Canadá han intentado recientemente abordar esta clase de retos incluyendo a múltiples sujetos en las demandas e incorporando órdenes para que los diferentes niveles de gobierno actúen solidariamente con relación a las medidas decretadas. Como es evidente, ello plantea también problemas con respecto al cumplimiento.

Medidas correctivas frente a medidas transformadoras

Hacer realidad los derechos sociales no es solo cuestión de cambiar las leyes o los sistemas de derechos para que garanticen el acceso a la vivienda o la alimentación como bienes sociales. En países ricos como Canadá, en el que la pobreza, las personas que carecen de vivienda y otras violaciones de los derechos sociales son manifestaciones de la desigualdad y de la exclusión social crecientes, los remedios sobre derechos sociales deben ocuparse también de la marginación, la exclusión, la discriminación y la estigmatización que dio lugar a esas violaciones de derechos sociales. No es suficiente ocuparse de las necesidades no satisfechas. La práctica de los derechos sociales debe ocuparse también de la creación social de las necesidades mediante la desigualdad y la exclusión.

La reafirmación de los valores de derechos humanos es un elemento crítico para la creación de una estructura más incluyente de los derechos sociales, en los que el acceso a la justicia y el papel de los tribunales a la hora de salvaguardar y promover los valores de derechos humanos deben tener una función importante. La dimensión transformadora de las estrategias sobre remedios va más allá de los derechos concedidos por la ley o los programas sociales reclamados, y supone un compromiso más general con la lucha por hacer realidad los derechos sociales. Aunque las estrategias transformadoras tienden a estar asociadas con remedios (más blandos) orientados hacia el futuro, y con múltiples sujetos y derechos, también habría dimensiones transformadoras en las demandas individuales que se ocupan de negaciones puntuales de derechos, en especial cuando esa negación está asociada con

24 Abram y Antonia Chayes defienden que los gobiernos y el público prefieren “tratados con dientes”, refiriéndose a modelos de cumplimiento que permiten el uso de sanciones inmediatas y coercitivas. Contrastan este “modelo de cumplimiento” con su propio “modelo de gestión”, que tiende a emplear remedios más “blandos”, continuados, que pueden ser menos novedosos y menos populares, pero en última instancia más exitosos para conseguir los efectos deseados. Para un análisis de la efectividad de las diferentes clases de remedios, véase Chayes y Chayes (1995), capítulo 1.

la discriminación o la estigmatización. Por tanto, es importante considerar también ese tercer eje y evaluar si las estrategias relativas a los remedios y el cumplimiento pueden lograr transformaciones sociales mediante la reclamación de derechos sociales ante los tribunales y por la ejecución judicial de estos.

Experiencias acerca de las medidas judiciales sobre derechos sociales en el marco de la Carta canadiense

Demandas sobre derechos negativos

Los remedios de carácter negativo, que les ponen límites a las acciones del Gobierno o las invalidan, son las formas más conocidas y cómodas de medidas judiciales para los tribunales canadienses en lo que se refiere al cumplimiento. Las dificultades para hacer cumplir esas medidas se evitan en gran medida si los tribunales declaran inválidas las leyes o las políticas, o las dejan sin efectos, en lugar de determinar la necesidad de alguna clase de acción positiva. Según la Carta, los remedios negativos de efectos inmediatos pueden incluir la reducción del alcance de la ley, la anulación parcial de disposiciones legislativas y las declaraciones de nulidad.

Los remedios negativos con efecto inmediato son, en general, más apropiados para las reclamaciones de derechos civiles y políticos, y el predominio del paradigma de los remedios negativos en el derecho constitucional canadiense ha sido uno de los más graves obstáculos a las reclamaciones de derechos sociales. Sin embargo, a veces, los remedios negativos han demostrado ser efectivos en generar resultados de derechos positivos, tanto por su efecto inmediato como, y lo que es más relevante, mediante avances en la interpretación de los derechos de la Carta. El ejemplo más destacado es la decisión del Tribunal Supremo de Canadá en *R. vs. Morgentaler*,²⁵ en la que se denunciaron las restricciones a la realización de interrupciones del embarazo establecidas en el Código Penal de Canadá por violar el derecho de las mujeres a la seguridad de la persona según la sección 7 de la Carta. La declaración de inconstitucionalidad de la norma en ese caso tuvo el efecto inmediato de garantizar muchísimo mejor acceso a las interrupciones seguras del embarazo y representó un progreso en la denuncia de la discriminación sistemática que sufrían las mujeres en su acceso a los servicios de salud. La decisión le dio también una fuerza considerable a

25 *R. vs. Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30.

la lucha más amplia en pro de los derechos de las mujeres, al conseguir una victoria jurídica con respecto a un problema crítico, fundamentada en el reconocimiento de los derechos, tras años de movilización y activismo político. Interpretar que el derecho a la seguridad de la persona incluye el acceso a los servicios de salud para las mujeres fue un avance significativo para garantizar interpretaciones más amplias de la Carta. Sin embargo, el que la medida se restringiera a declarar la inconstitucionalidad de una norma significó que el Tribunal no se ocupó de las obligaciones positivas del Gobierno en cuanto a proporcionar servicios. El legado de esa falta de idoneidad del remedio sigue siendo un problema hoy, ya que ciertas regiones no proporcionan los servicios necesarios para acceder al aborto.²⁶

En *Victoria (City) vs. Adams*²⁷, el Tribunal de Apelaciones de la Columbia Británica derogó partes de un reglamento que les prohibía a las personas sin techo levantar alojamientos temporales en parques públicos. Ratificó en gran medida la decisión del Tribunal Supremo de la Columbia Británica, que se había basado en los compromisos de Canadá con los órganos de las Naciones Unidas de apoyar una interpretación del derecho a la vida y a la seguridad de la persona (reconocido en la sección 7 de la Carta canadiense) compatible con el reconocimiento del derecho a la vivienda.²⁸ Aunque solo se aplicaron en un marco de derechos negativos, los principios interpretativos usados por el juez de instancia establecieron una conexión entre el derecho a la vivienda reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho a la seguridad de la persona de la Carta canadiense. Hubo, además, un elemento indirecto de derechos positivos en la decisión. Aunque el Tribunal reconoció que probablemente su decisión implicaría alguna acción de la ciudad para ocuparse del número insuficiente de camas en los refugios de la ciudad, declaró que “esa clase de acción para determinar que una ley viola la sección 7 no implica que el Tribunal tenga que decidir sobre derechos positivos”.²⁹ La reticencia del Tribunal a ocuparse de los derechos positivos significó que Adams lo único que hizo fue permitir que las personas sin techo continuaran

26 National Abortion Federation (s. f.), *Access to Abortion in Canada* (<https://prochoice.org/>).

27 *Victoria (City) vs. Adams*, 2009 BCCA 563; 2008 BCSC 1363 [Adams].

28 *Ibid.*, párr. 98; Canadá también declaró ante el Comité de Derechos Humanos que el derecho a la vida del PIDCP impone obligaciones de proporcionar necesidades básicas a los gobiernos. Véase United Nations Human Rights Committee, *Supplementary Report of Canada in Response to Questions Posed by the United Nations Human Rights Committee* (marzo de 1983), UN Doc CCPR/C/1/Add.62 (1983) at 23.

29 Adams, párrs. 95-96.

levantando alojamientos temporales nocturnos en los parques. Sin embargo, a largo plazo la decisión podría tener algún efecto y estimularía que los gobiernos trataran los problemas sistémicos más generales que hacen que la gente acabe levantando tiendas o use cartones para refugiarse por la noche en los parques. El Tribunal de apelación decretó adicionalmente que se pondría fin a la declaración de nulidad si las mejoras de los programas de vivienda y alojamientos hacían que la sección 7 ya no violara la Carta, por ejemplo, si la ciudad de Victoria podía demostrar que el número de personas sin techo no excedía el número de camas disponibles en los refugios. La medida ordenada por el Tribunal de Apelaciones no llegó a ser una supervisión de los esfuerzos por solucionar el problema de las personas sin techo y la crisis de vivienda que hizo que los demandantes vivieran en los parques en primer lugar, pero sí proporcionó algún estímulo para abordar el problema.

En el año 2008, la ciudad de Victoria creó una coalición, la Greater Victoria Coalition to end Homelessness, que aportó más de 250 unidades de vivienda permanentes y subsidiadas para personas que antes carecían de techo (Greater Victoria Coalition to End Homelessness, 2014). Las iniciativas contra la carencia de techo de la ciudad se han “movido hacia la vivienda permanente antes que los refugios, y a atacar el problema de la pobreza, incluyendo los altos costos de los arrendamientos” (Aker, s. f.). Sin embargo, esas acciones no han sido suficientes para satisfacer la demanda, los precios de los arrendamientos siguen subiendo en tanto que empeora la asequibilidad de estos³⁰ y el uso de los refugios sigue en aumento.³¹

Los defensores de derechos humanos tenían la esperanza de que la decisión en el caso Adams pudiera conseguir cambios positivos en otras comunidades de la Columbia Británica, pero no parece que eso haya ocurrido.³² Después de la publicación de la decisión Adams, la ciudad de Vancouver declaró que la revisaría para determinar su aplicabilidad a otros reglamentos de la ciudad, pero tras su estudio concluyó que no aplicaba.³³ Las demandas posteriores han estado dirigidas a

30 *Idem.*

31 En noviembre de 2010, la tasa de ocupación de los refugios de emergencia era del 95 %, comparado con un 86 % en septiembre de 2008 (Greater Victoria Coalition to end Homelessness, 2014).

32 Véase Pivot Legal Society (s. f.). Según el reglamento, una persona que monte una tienda de campaña u otra estructura en propiedad municipal puede recibir una multa de hasta 1.000 dólares, salvo que solicite un costoso permiso. Véase también City of Vancouver (2014); King (s. f.), *Statement by Douglas King in Personal Email Correspondence*, en el archivo del autor.

33 General Manager of Engineering Services (2011); véase también Pivot

denunciar las restricciones para construir refugios en terrenos de propiedad municipal de Vancouver (CBC News, 2012).

Con respecto a los fines a largo plazo de acceso a la justicia, la decisión ha tenido algunos efectos positivos. Las personas sin techo se han organizado más para denunciar los patrones sistémicos de discriminación y recurrir a la justicia para demandar esa discriminación. El Tribunal de Apelaciones de Columbia Británica rechazó una apelación del gobierno de esa región contra una decisión que le reconocía legitimidad procesal a una organización defensora de personas en rehabilitación, que defendía el derecho de sus miembros de demandar el comportamiento grotesco de los funcionarios y la policía de la ciudad de Abbotsford, en British Columbia, que desalojaban forzosamente a la gente de los parques esparciendo abono de gallina, echando gas pimienta en las tiendas y destruyendo las pertenencias de los residentes. El Tribunal declaró que en esas circunstancias no era razonable exigir a las víctimas individuales reclamar por sí mismas derechos constitucionales y permitió que el caso procediera mediante la reclamación de medidas por parte de las organizaciones.³⁴

La combinación de tácticas de movilización con estrategias de acceso a la justicia se ha convertido en una herramienta efectiva de empoderamiento surgida de la victoria en el caso *Victoria vs. Adams*. La decisión *Adams* es un ejemplo de cómo, si las reclamaciones de derechos se formulan como derechos negativos que constriñen la acción del Gobierno, los tribunales canadienses pueden estar más dispuestos a realizar interpretaciones de la Carta que amplíen derechos ya existentes, como en el caso del derecho a una vivienda adecuada, y a ocuparse más directamente de los patrones sistemáticos de discriminación en contra de los que carecen de techo o viven en la pobreza. Esas interpretaciones pueden ser útiles en sí mismas para defender los derechos sociales, tanto legal como políticamente. Sin embargo, se paga un precio cuando adoptamos un enfoque de derechos negativos: esto anima a los gobiernos a seguir sin atender sus obligaciones positivas y a que los demandantes conciban sus derechos como si fueran derechos negativos, lo que es contradictorio con las obligaciones positivas materiales que tienen los Estados de hacer efectivos los derechos. Hay también una tendencia a que los remedios para los derechos negativos queden vinculados a normas jurídicas o acciones gubernamentales específicas

Legal Society (s. f.), City by-laws must respect homeless rights (<http://www.pivotlegal.org/pivot-points/blog/city-by-laws-must-respect-homeless-rights>). City of Vancouver (2014) (<http://former.vancouver.ca/bylaws/2849c.pdf>).

34 British Columbia/Yukon Association of Drug War Survivors *vs.* Abbotsford (City), 2015 BCCA 142.

—en este caso, un reglamento concreto— de manera que lo determinado en una jurisdicción no es fácilmente aplicable en otra.³⁵

Interpretación expansiva de remedios en las normas jurídicas

Las reclamaciones de derechos sociales formuladas de manera más positiva han sido atendidas por los tribunales en Canadá cuando ellos han estado de acuerdo en “interpretar” protecciones o beneficios adicionales en las normas existentes para remediar protecciones legislativas no incluyentes o programas sociales que niegan beneficios equitativos a grupos desfavorecidos.³⁶ Corregir las exclusiones inconstitucionales mediante la interpretación de protecciones adicionales en las normas existentes está considerado como el remedio más apropiado cuando se ajusta a los “principios rectores gemelos” de respetar el papel de la legislatura y los fines de la Carta. En esas circunstancias, los tribunales canadienses han recibido la instrucción de extender las protecciones legislativas o los beneficios en lugar de anular todo el sistema, con el fin de que “el sistema aprobado por el órgano legislativo sea todo lo fiel posible a los requisitos establecidos en la Constitución” (Schachter).

La llamada “interpretación expansiva” de medidas permite un cumplimiento inmediato de las decisiones judiciales, a veces con profundo alcance. En *Sparks vs. Dartmouth / Halifax County Regional Housing Authority (Sparks)*, se extendió la protección de la seguridad en la posesión a los arrendatarios de viviendas públicas cuando el tribunal interpretó protecciones ampliadas en una norma que antes excluía a ese grupo de la legislación aplicable. Los procedimientos judiciales disponibles para los arrendatarios del mercado privado que se oponían a los desalojos quedaron disponibles inmediatamente para todos los arrendatarios que residían en viviendas públicas. Una simple modificación judicial de la legislación existente por vía interpretativa tuvo una repercusión significativa en las vidas de los arrendatarios de viviendas públicas que hasta ese momento no tenían protección en su posesión. Alteró su relación con el Estado, y pasó de ser una relación caracterizada por la posibilidad de ser desalojados arbitrariamente de sus hogares a otra en la que se respetaba su dignidad y seguridad. El

35 Para un análisis más extenso de la estructuración de las demandas en derechos positivos o derechos negativos conforme a la Carta canadiense en *Victoria vs. Adams* y otros casos, véase Liew (2012).

36 La sección 15(1) de la Carta canadiense declara que toda persona es igual ante la ley, y tiene derecho a la igualdad de protección y trato sin discriminación y, en particular, sin discriminación por razón de raza, nacionalidad, origen étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad física o mental.

derecho que se les había negado se podía proporcionar inmediatamente porque ya existían estructuras institucionales vigentes para hacer cumplir la medida judicial. No era necesario solicitar a los órganos legislativos que aprobaran nuevas leyes o crearan nuevas instituciones. El caso sentó un precedente, no solo por extender los derechos existentes, sino también por reconocer la discriminación y la estigmatización de los pobres y de los residentes de viviendas públicas. El remedio se ocupó no solo de la exclusión legislativa específica, sino también de las causas estructurales y sistémicas de exclusión, al denunciar los supuestos discriminatorios sobre los pobres que la producían. El caso es un ejemplo de cómo una demanda centrada en un único derecho, con un remedio de inmediata ejecución, puede generar un remedio positivo y tener efectos transformadores al combatir la exclusión y la estigmatización predominantes.

Otro ejemplo positivo de “interpretar” expansivamente la existencia de remedios en la norma es el caso *Vriend*, sobre protecciones selectivas de derechos humanos.³⁷ El Tribunal Supremo declaró que el no haber incluido la orientación sexual como razón prohibida de discriminación en la legislación provincial de derechos humanos que regulaba las acciones de los empleadores, y de los prestadores públicos y privados de servicios públicos y de vivienda, violaba el derecho a la igualdad establecido en la Carta.³⁸ La mayoría del Tribunal optó por interpretar que la legislación de derechos humanos de Alberta contenía la protección faltante y extendió las protecciones contra la discriminación a un grupo que el legislador había elegido excluir a propósito.³⁹ De nuevo, aunque la reclamación se basaba en derechos existentes, en el marco de las protecciones de derechos humanos de Alberta tuvo un significativo efecto transformador que se consiguió al proporcionar protecciones contra la discriminación que antes se habían negado, causando exclusión y estigmatización.

El efecto positivo de casos como *Sparks* y *Vriend* muestra el importante potencial de los remedios positivos que interpretan derechos o protecciones adicionales en las normas existentes, de manera que tengan efectos inmediatos. Los casos orientados hacia los derechos negativos que declaran inconstitucionales ciertas restricciones, como ocurrió en *Morgentaler* y *Adams*, también pueden tener efectos transformadores, aunque la ausencia de medidas remediales positivas para

37 *Vriend vs. Alberta*, [1998] 1 SCR 493.

38 *Ibid.*, párrs. 65-66.

39 *Vriend*, párrs. 196-197.

garantizar el acceso al aborto o viviendas adecuadas limitó la efectividad de los remedios en esos casos.

Declaraciones diferidas de nulidad

Cuando los remedios de las reclamaciones de derechos sociales han determinado obligaciones de largo plazo para los gobiernos, que implican que estos tomen medidas positivas para garantizar los derechos constitucionales, los tribunales canadienses han escogido diferir las declaraciones de inconstitucionalidad con el fin de conceder tiempo a los gobiernos para que desarrollen medidas programáticas o legislativas frente a las violaciones de los derechos. “Las declaraciones diferidas de nulidad” son remedios más blandos que las declaraciones de aplicación inmediata. En el caso de las declaraciones diferidas de nulidad, los gobiernos gozan de cierta flexibilidad para diseñar e implementar el remedio apropiado. Por tanto, plantean problemas en relación con garantizar la calidad de la implementación y el cumplimiento de las órdenes de los tribunales. Por otro lado, las declaraciones diferidas tienen la ventaja de fomentar que los tribunales se ocupen de las obligaciones positivas de los gobiernos en áreas en las que la Rama Legislativa está en mejor posición para diseñar e implementar medidas legislativas y programáticas, pero en las que el control judicial de constitucionalidad también es necesario para garantizar que no se pasen por alto los derechos de los grupos marginados.

Uno de los principales ejemplos de este enfoque remedial es el bien conocido caso de *Eldridge vs. British Columbia* (*Eldridge*). En ese caso los demandantes, que eran sordos, argumentaron que la falta de servicios de interpretación del lenguaje de signos en el sistema de salud público violaba sus derechos a la igualdad reconocidos en la sección 15 y solicitaron que se interpretara que la legislación sobre servicios de salud y hospitalarios los incluía.⁴⁰ El Tribunal estuvo de acuerdo en que no proporcionar los servicios violaba la sección 15, pero rechazó la medida judicial solicitada; no obstante, le dio al Gobierno tiempo para escoger entre una “multiplicidad” de opciones sobre la mejor forma de proporcionar servicios de interpretación. El Gobierno solicitó al Tribunal una extensión del plazo para consultar con las comunidades afectadas y le fue concedida. Había cierto escepticismo en las comunidades de activismo jurídico y de derechos de los discapacitados sobre si los demandantes conseguirían realmente la medida a la que tenían derecho. Sin embargo, al final, el proceso anticipatorio de consultas

40 *Idem.*

que se puso en marcha fue beneficioso.⁴¹ Si el Tribunal hubiera adoptado el remedio “interpretativo” que le pidieron originalmente los demandantes, los servicios de interpretación habrían sido concedidos como un derecho individual, que hubiera sido un componente de los servicios de salud y hospitalarios, lo que en consecuencia los habría dejado bajo la dirección de los profesionales médicos, manteniendo un “modelo médico” de discapacidad. La declaración diferida de nulidad, por otro lado, permitió la financiación de un instituto sin ánimo de lucro, con un consejo de dirección cuyos miembros son casi todos sordos, y que está pensado para diseñar, implementar y administrar de forma continua los programas apropiados en consulta con la comunidad de sordos.⁴² El remedio resultante de la declaración diferida de inconstitucionalidad fue bastante más participativo y empoderador para las personas con discapacidades, al abandonar un modelo médico de la discapacidad por otro que era más compatible con el empoderamiento y la inclusión social de estas personas. De la audiencia judicial salió una mejor estrategia de remedios y cumplimiento que la que había sido propuesta originalmente por los demandantes, que había buscado un remedio más duro, sujeto a cumplimiento inmediato (Eldridge).

Un ejemplo en cierta forma menos positivo del cumplimiento de las declaraciones aplazadas de nulidad se encuentra en la experiencia que siguió a la apelación presentada ante el Tribunal Supremo de Canadá en *Dunmore vs. Ontario (Attorney General)* (Dunmore). En ese caso, el Tribunal decretó que la exclusión de trabajadores agrícolas de la ley de relaciones laborales de Ontario, que les negaba el derecho a organizarse y a negociar colectivamente, violaba el derecho de estos trabajadores a la libertad de asociación reconocida la sección 2 (d) de la Carta canadiense. El Tribunal declaró que el Gobierno tenía una obligación positiva de aprobar legislación que proporcionara la protección necesaria para garantizar que los trabajadores agrícolas pudieran ejercer sustantivamente su derecho a organizarse. Aplazó su declaración de nulidad de la legislación existente durante 18 meses para permitir

41 Andrea L. Zwack (2010), Counsel for Appellants in *Eldridge vs. British Columbia* (Attorney General), [1997] 3 SCR 624. Entrevistada por Azin Samani, 15 de marzo.

42 El programa está a cargo de un organismo administrativo sin ánimo de lucro, el Western Institute for the Deaf and Hard of Hearing, financiado por los servicios de salud provinciales con el fin de que presten asistencia a las comunidades de toda la Columbia Británica. Proporciona servicios de interpretación para la mayoría de las citas médicas —incluido un intérprete cualificado del lenguaje de signos—, sea con médicos generales o con especialistas —psiquiatras, oftalmólogos—, conferencias entre paciente y familia, ginecología-obstetricia, imágenes médicas y estancias hospitalarias (<http://www.widhh.com/programs-services/>).

que el gobierno de Ontario aprobara una ley congruente con la Carta. Sin embargo, los demandantes consideraron que la respuesta del gobierno era insatisfactoria. En lugar de incluir a los trabajadores agrícolas conforme a la legislación actual, aprobó un régimen legislativo separado para ellos que les concedía menos derechos que a otros trabajadores, y no protegió de manera explícita el derecho a organizarse o a negociar colectivamente. El gobierno provincial fracasó en su intento de proteger el derecho de asociación y de negociación colectiva igual al de los demás trabajadores en Ontario. En consecuencia, se presentó una demanda subsiguiente basada en la Carta contra la nueva legislación, pero la Corte Suprema de Canadá determinó que la nueva legislación cumplía con los requisitos de la misma.⁴³

Los dos casos muestran los aspectos positivos y negativos de la declaración diferida de nulidad como una estrategia para implementar y hacer cumplir los remedios positivos. En el caso *Eldridge*, el resultado fue una consulta y una participación mejoradas del grupo demandante, y una reforma institucional que fue más allá de lo que un simple remedio “interpretativo” hubiera logrado, ya que se reconocieron las necesidades diferenciadas de las personas con discapacidades, y la importancia de los procesos participativos mediante los cuales se ocupó de esas necesidades. En el caso *Dunmore*, por otro lado, los trabajadores agrícolas no fueron parte del proceso de diseño de las nuevas protecciones legislativas. Hubiera sido mejor para ellos un remedio de derecho duro, que interpretara en la legislación existente una extensión de las protecciones de otros trabajadores. En *Dunmore*, a la hora de considerar cuáles eran las obligaciones del Gobierno en el diseño y la implementación de nueva legislación, el Tribunal Supremo falló en implementar los derechos participativos del grupo demandante. Los reclamantes fueron obligados a interponer nuevas demandas en un marco estrictamente adversarial, lo que en última instancia no tuvo éxito.

Órdenes de supervisión

El caso *Dunmore* muestra la necesidad de participación judicial en la implementación de remedios y estrategias a largo plazo que requieren tiempo para su diseño y puesta en marcha. La continua supervisión judicial del proceso de determinación de los remedios, con una intervención significativa de los grupos demandantes, hubiera aumentado bastante las posibilidades de contar con remedios más exitosos, sin la necesidad de procesos judiciales largos y costosos para cuestionar

43 Ontario (Attorney General) *vs.* Fraser, 2011 SCC 20, [2011] 2 SCR 3.

la constitucionalidad de las medidas dictadas por el Gobierno como respuesta.

Ha habido alguna resistencia a la idea de que los tribunales asuman una jurisdicción de seguimiento en Canadá debido al principio del *common law* conocido como *functus officio*, según el cual la jurisdicción del tribunal o el juez termina con la redacción de una orden vinculante. Esa resistencia judicial a intervenir en remedios ejecutados a largo plazo es de relevancia para negar medidas efectivas en las demandas sobre derechos sociales. El problema fue tratado en el contexto constitucional en 2003, en el caso *Doucet-Boudreau vs. Nova Scotia*.⁴⁴ En ese caso, francófonos de Nueva Escocia demandaron que el Gobierno no hubiera desarrollado una educación adecuada en francés, conforme a lo dispuesto en la Carta, que prevé la educación pública en francés para esa minoría. El juez de instancia le ordenó al gobierno provincial y a un Consejo responsable de administrar la educación en francés que hicieran “sus mejores esfuerzos” por desarrollar, con una fecha límite, escuelas de secundaria en francés y programas educativos en diferentes distritos. El gobierno de Nueva Escocia apeló la decisión con el argumento de que el remedio excedía el papel apropiado de los jueces. El Tribunal de Apelaciones de Nueva Escocia aceptó la apelación y determinó que si bien la Carta recoge una amplia variedad de facultades para determinar remedios, estas no se extienden al poder de los tribunales de hacer cumplir sus propias órdenes.⁴⁵ El Tribunal de Apelaciones declaró que si bien la Carta permite que el tribunal ordene remedios positivos frente a las violaciones de derechos sociales, “la Carta no extiende la jurisdicción de estos tribunales desde el punto de vista procesal. Una cosa es ordenar un remedio y otra disponer los recursos para su cumplimiento”.⁴⁶

Los demandantes apelaron ante el Tribunal Supremo de Canadá que, por una mayoría estrecha, reversó las determinaciones del Tribunal de Apelaciones de Nueva Escocia. El Tribunal Supremo afirmó la primacía de la idea de remedios constitucionales efectivos y contextualizados, gracias a la cual los tribunales crean, de una variedad de opciones, un remedio que pueda hacer efectivo el derecho:

Un enfoque finalista de los remedios contenidos en la Carta le da una vitalidad moderna a la antigua máxima de *ubi jus, ibi remedium*: cuando hay un derecho, debe haber un remedio. En concreto, un enfoque finalista

44 *Doucet-Boudreau vs. Nova Scotia* (Minister of Education).

45 *Doucet-Boudreau vs. Nova Scotia* (Attorney General), 2001 NSCA 104 (CanLII).

46 *Ibid.*, párr. 37.

de los remedios requiere al menos dos cosas. En primer lugar, debe promoverse la finalidad del derecho que está siendo protegido: los tribunales deben crear remedios apropiados para eso. En segundo lugar, la finalidad de los remedios debe promoverse: los tribunales deben elaborar un remedio que defienda plenamente el derecho.⁴⁷

La mayoría del Tribunal determinó que, con el fin de garantizar que un remedio cumpla esos requisitos, un tribunal puede asumir un papel en la supervisión de su implementación. En la medida en que la decisión no se vea modificada por audiencias posteriores, la jurisdicción de seguimiento puede celebrar audiencias adicionales con respecto a la implementación de la orden, cuando sean convocadas por el juez de instancia del caso.⁴⁸

Sin embargo, es una indicación de la resistencia continua a esta clase de remedio en la cultura jurídica canadiense que una minoría significativa del Tribunal Supremo encontrara que la orden de seguimiento excedía el papel apropiado de los tribunales al violar el principio de la separación de poderes y el alcance de su jurisdicción con respecto a la doctrina *functus officio*. La minoría subrayó la importancia de separar los procesos judiciales y políticos, y encontró que la orden en este caso llevó a que el tribunal realizara una actividad política mediante el intento de someter al Gobierno “a una presión continua”, y señaló que “el juez de instancia podría haber buscado ejercer presión política o pública sobre el Poder Ejecutivo”.⁴⁹ Aunque la decisión vinculante para los tribunales inferiores es la de la mayoría, la opinión de la minoría expresada en el salvamento de voto muestra la resistencia judicial a las clases de remedios efectivos para las violaciones de derechos sociales que todavía predomina en algunos tribunales inferiores. Los gobiernos intentaron impedir una aplicación más amplia de la decisión Doucet-Boudreau argumentando que el derecho a la educación en la lengua de las minorías, reconocido en la Carta, requiere explícitamente medidas positivas del Gobierno, mientras que otras garantías de los derechos no, argumento que ha sido aceptado, por desgracia, por algunos tribunales inferiores.⁵⁰

Una cuestión primordial que no fue explorada ni por la mayoría ni por la minoría fue la contribución de una orden de supervisión para crear un proceso democrático que permitiera una relación sustantiva

47 *Idem.*, párr. 37.

48 *Ibid.*, párr. 71.

49 *Ibid.*, párr. 131 (salvamento de voto de los magistrados Major, Binnie, LeBel y Deschamps).

50 *Tanudjaja vs. Attorney General (Canadá)*, 2013 ONSC 1878, párr. 89-90.

y significativa entre el Gobierno y la comunidad afectada en el curso de la implementación. De hecho, en este caso no fue el juez quien ejerció presión política, sino más bien los demandantes. Las comunidades demandantes usaron las audiencias informativas del tribunal para responsabilizar al Gobierno del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, explicadas por el Tribunal. Las audiencias informativas permitieron a los demandantes que sus voces fueran escuchadas e impulsaron un proceso complicado para hacerlo más expedito.

En Doucet-Boudreau, la responsabilidad continuada frente al cumplimiento quedó garantizada por el calendario de sesiones informativas ante el tribunal. Un remedio alternativo, configurado en un entorno institucional diferente, podría haber requerido sesiones informativas ante otro órgano que pudiera proporcionar una supervisión efectiva. El principio fundamental en juego no es el control de la responsabilidad pública por los tribunales, sino más bien el control de la responsabilidad pública con respecto a los derechos tal y como son interpretados por los tribunales; estos pueden tener un papel importante para supervisar la implementación de los remedios estructurales a lo largo del tiempo. La jurisdicción continuada de los tribunales no usurpa los procesos democráticos. Más bien, apoya y refuerza los procesos participativos que se requieren en muchas circunstancias para implementar remedios efectivos y apropiados frente a las violaciones de derechos.

Según la doctrina tradicional de la separación de poderes, los tribunales tienen la autoridad final de interpretar los derechos y de determinar cómo se aplican en un contexto específico. Esa función interpretativa debe estar informada por el diálogo, no solo con los gobiernos, sino también con los titulares de derechos. Los mecanismos continuos de control de la responsabilidad con respecto a la implementación y los procesos de cumplimiento deben garantizar los derechos de participación a los grupos cuyos derechos han sido violados o no han sido tenidos en cuenta por los órganos legislativos (Porter, 2014). De esta forma, los procesos de determinación de los remedios y del cumplimiento se ocupan no solo de la negación de un derecho específico, sino también de la exclusión, de la marginación y de las fallas del control de la responsabilidad que llevaron a esa negación.

El derecho a decisiones razonables (basadas en derechos)

Aunque es tentador responsabilizar únicamente a los tribunales de los remedios inadecuados frente a las violaciones de derechos sociales en Canadá, de hecho, es la cultura jurídica canadiense en general la que

acaba expresándose en la rigidez judicial frente a los remedios. Los demandantes han mostrado una propensión a concentrarse en demandas sobre derechos constitucionales que buscan remedios limitados estructurados en el marco de los sistemas legislativos o de reconocimiento de derechos existentes, y han sido tímidos a la hora de pedir remedios programáticos de la misma clase que los concedidos en el caso *Eldrige*. La cultura jurídica en Canadá ha asumido que el papel del tribunal es, en general, aprobar medidas judiciales frente a violaciones puntuales de la ley, en lugar de hacer cumplir obligaciones sustantivas que impliquen tomar medidas positivas. Ese enfoque restringido con respecto a los remedios constitucionales ha chocado con la aspiración transformadora en la que se basó la adopción de la Carta, descrita por el Tribunal Supremo de Canadá como la creación de una “sociedad justa” mediante una “ardua lucha”.⁵¹

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha establecido los fundamentos para un enfoque más transformador con respecto a los remedios, a través de su comprensión sobre la razonabilidad como un estándar constitucional y de derechos humanos aplicable a los procesos decisorios del Gobierno y la administración en una amplia variedad de circunstancias. En varios casos en los que los demandantes han presentado reclamaciones de derechos sociales en el marco más tradicional de los derechos reconocidos en la ley, el Tribunal Supremo de Canadá ha usado en general remedios blandos que involucran la cuestión más amplia de garantizar que las decisiones sean congruentes con la realización de los derechos y la lucha por una “sociedad justa”. El Tribunal ha reestructurado demandas en las que el remedio solicitado era el reconocimiento de un derecho puntual que debía añadirse a la legislación, y las ha formulado mediante enfoques más blandos, contextuales, concentrándose en decisiones tomadas por la administración, en la implementación de los programas y en la interpretación de los derechos legales existentes. En casos como *Vriend* o *Sparks*, en los que los encargados de tomar las decisiones en la administración no gozaban de discrecionalidad para extender las protecciones de derechos humanos con el fin de incluir la discriminación por razones sexuales o extender las protecciones a la posesión para incluir a los beneficiarios de viviendas públicas, el derecho específico tenía que reconocerse en la legislación por vía interpretativa. No obstante, en otros casos en los que la legislación no impedía explícitamente otorgar el derecho o beneficio, el Tribunal ha preferido, cuando ha sido posible, estructurar el remedio como una cuestión de respetar los derechos conforme al régimen legal

51 *Vriend*, párr. 68.

existente. El Tribunal se ha apoyado en el estándar de razonabilidad para exigir que la autoridad a cargo de la decisión garantice la conformidad con los derechos fundamentales. Si bien ese remedio puede considerarse más conservador porque deja la legislación inalterada, es potencialmente más transformador porque va más allá de la necesidad del derecho único para ver la necesidad de decisiones incluyentes, que promuevan los derechos en todas las áreas de la autoridad gubernamental. El remedio no está limitado al derecho específico que se busca reconocer, sino que implica obligaciones de respetar y promover los derechos humanos para los encargados públicos de tomar decisiones. El Tribunal ha establecido así las bases de un enfoque remedial más transformador, basado en el derecho a tener políticas razonables y decisiones congruentes con la realización de los derechos sociales.

La decisión *Eldridge* proporciona un buen ejemplo del enfoque del Tribunal Supremo. Los abogados de los demandantes elaboraron su caso con base en la Carta, alegando una omisión legislativa discriminatoria o inclusión deficiente, y argumentaron que los servicios de interpretación hubieran debido incluirse explícitamente como una prestación de salud en la legislación que regula el seguro de salud pública y los servicios hospitalarios para garantizar la igualdad de acceso para los sordos. Si el tribunal hubiera decidido el caso en la forma en que lo plantearon los demandantes, la decisión habría sido simplemente la incorporación del texto faltante en la legislación, como un servicio de salud adicional. Sin embargo, el Tribunal Supremo escogió una aproximación diferente en la audiencia oral. El Tribunal indicó que la legislación impugnada no impedía que se ofreciera interpretación en lenguaje de signos. Por tanto, en su decisión, el Tribunal rechazó así el argumento de que la legislación misma fuera inconstitucional:

El hecho de que la ley de seguros hospitalarios no ordene expresamente proporcionar interpretación del lenguaje de signos no la hace vulnerable desde el punto de vista constitucional. La ley no prohíbe, ni expresamente ni por derivación necesaria, que los hospitales ejerzan su discrecionalidad para proporcionar intérpretes del lenguaje de signos. De suponer correcta la teoría de los apelantes sobre la sección 15 (1), la ley de seguros hospitalarios debería interpretarse como que se debe proveer interpretación en lenguaje de señas, siempre que sea requerido, como parte de los servicios ofrecidos por los hospitales, cuando quiera que sea necesario para tener una comunicación efectiva. Como en el caso *Medical and Health Care Services Act*, la violación potencial de la sección 15(1) reside en la discrecionalidad concedida a una autoridad subordinada, no en la propia legislación.⁵²

52 *Eldridge*, párr. 34.

El Tribunal declaró que los encargados de tomar decisiones deben ejercer su discrecionalidad de una forma congruente con el valor de un acceso pleno e igualitario a los servicios de salud para los sordos. Además, había muchas formas de conseguir el resultado, según los diferentes encargados de las decisiones. El cumplimiento con la Carta no requería que los servicios de interpretación se prestaran como servicios médicos. Como se señaló, el remedio blando ordenado por el Tribunal permitió contar con servicios de interpretación mediante un prestador independiente sin ánimo de lucro, cuya dirección correspondía a un consejo formado por miembros del grupo demandante.

El remedio más blando del Tribunal en *Eldridge* no proporcionó un derecho reclamable inmediato, sino que reafirmó que los principios de derechos humanos deben ser fundamentales en todas las decisiones que provienen de autoridades gubernamentales o legales. Además, decretó que incluso los particulares, cuando en ejercicio de una autoridad delegada tomen decisiones que tengan una repercusión en el goce de los derechos constitucionales, cuya responsabilidad de cumplimiento haya recaído en el Estado de no ser por la delegación, deben ejercer esa autoridad de manera congruente con las obligaciones constitucionales de los Estados conforme a la Carta.⁵³ Al extender la obligación de cumplir con los mandatos de la Carta a un rango más amplio de actores, la Corte proporcionó más flexibilidad acerca de cómo debía implementarse este remedio.

La Carta rige a los gobiernos provinciales y territoriales, al federal y a “todos los asuntos en el marco de la autoridad” del Parlamento y de los órganos legislativos provinciales.⁵⁴ Los derechos están “sujetos solo a los límites razonables prescritos por la ley que puedan ser justificados demostrablemente en una sociedad libre y democrática”.⁵⁵ La evaluación de los límites razonables conforme a la carta (sección 1) tiene la función dual de limitar y proteger los derechos.⁵⁶ En *Eldridge*, tras haber determinado que el no haber provisto servicios de interpretación violaba la sección 15 de la Carta al negarle a los paciente sordos igualdad de acceso a los servicios de salud de la misma calidad que a las demás personas, el Tribunal Supremo consideró si la decisión de no financiar los servicios de interpretación era razonable dadas las

53 *Eldridge*, párrs. 49-52.

54 *Canadian Charter* s. 1.

55 Conforme a la “prueba *Oakes*”, el tribunal valora si una limitación a la Carta está justificada por un objetivo urgente y sustantivo, y aplica estándares de conexión racional, interferencia mínima y proporcionalidad. *R. vs. Oakes*, [1986] 1 SCR 103 [*Oakes*].

56 *Oakes*, p. 135.

circunstancias. El Tribunal incorporó el deber positivo de acomodar razonablemente la discapacidad en su valoración. "Acomodación razonable, en este contexto, equivale en general al concepto de 'límites razonables'".⁵⁷ No se encontró que el costo de proporcionar servicios de interpretación, con respecto al presupuesto provincial de salud, fuera lo suficientemente relevante como para justificar la negativa del Gobierno a financiar los servicios. El no proporcionar servicios de interpretación por un medio u otro no era por consiguiente razonable.⁵⁸

Por consiguiente, el concepto de razonabilidad constitucional ha sido desarrollado, en el contexto canadiense, principalmente mediante la valoración de cuáles son los límites razonables. El Tribunal Supremo ha considerado que el derecho internacional de los derechos humanos, en general, y el Pidesc, en particular, son fundamentales para los valores que subyacen a la valoración de razonabilidad conforme a la sección 1. En *Slaight Communications*,⁵⁹ el Tribunal determinó que la orden de un árbitro particular, que se nombró conforme a la ley de relaciones laborales y que requería a un empleador entregarle una carta de recomendación favorable a un empleado injustamente despedido era una violación razonable del derecho a la libertad de expresión del empleador porque era congruente con el compromiso de Canadá conforme al Pidesc de proteger el derecho al trabajo del empleado. El magistrado Dickson, presidente del tribunal, consideró a este respecto que:

Especialmente a la luz de la ratificación de Canadá el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...] y el compromiso contenido en el de proteger, entre otras cosas, el derecho al trabajo en sus distintas dimensiones que se reconoce en el artículo 6 de ese tratado, no se puede dudar de que el objetivo en este caso es muy importante [...]. Si se tienen en cuenta las funciones duales de la sección 1 identificadas en *Oakes*, las obligaciones internacionales de derechos humanos contraídas por Canadá deberían inspirar no solo la interpretación del contenido de los derechos garantizados por la Carta, sino también la interpretación de lo que constituyen objetivos urgentes y sustantivos que pueden justificar las restricciones de esos derechos.⁶⁰

En el caso *Baker*,⁶¹ el Tribunal Supremo dio un paso adicional al vincular los valores internacionales de derechos humanos al estándar de

57 *Ibid.*, párr. 79.

58 *Idem.*

59 *Slaight Communications Inc vs. Davidson*, [1989] 1 SCR 1038.

60 *Ibid.*, párrs. 1056-1057.

61 *Baker vs. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817.

razonabilidad, más allá del marco de la Carta y los límites razonables de la sección 1. En ese caso, no había alegación de violación de la Carta. El Tribunal declaró que la autoridad discrecional otorgada a un funcionario de inmigración para revisar una orden de deportación por motivos humanitarios y compasivos debe ejercerse razonablemente; debe ser congruente con los valores consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos ratificado por Canadá. El funcionario de inmigración debía haber reconocido que la consideración de los mejores intereses del niño, como ordenaba la Convención sobre los Derechos del Niño, estaba por encima de los costos previsibles de asistencia social y cuidados de salud anticipados de no llevarse a cabo la deportación.⁶² Por tanto, la decisión de deportación fue revertida por el Tribunal Supremo por estimarla irrazonable. El principio de los mejores intereses del niño fue incorporado después a la ley canadiense y también a las directrices procedimentales para el ejercicio de toda discrecionalidad legal conforme a esa ley.⁶³

En un caso más reciente, que denunciaba los intentos del Gobierno conservador de cerrar un lugar para la administración segura de drogas intravenosas (Insite) en el área más pobre de Vancouver,⁶⁴ el Tribunal Supremo de Canadá volvió a concentrarse en el derecho a un proceso razonable de toma de decisiones y rechazó la pretensión original de los demandantes de que la legislación aplicable fuera inconstitucional. En este caso, los demandantes alegaban que la ley federal sobre drogas —la Controlled Drugs and Substances Act—⁶⁵ violaba el derecho a la vida y la seguridad de la persona conforme a la sección 7 de la Carta al convertir en un delito la posesión de drogas adictivas sin contemplar una excepción para fines terapéuticos.⁶⁶ Como había hecho en *Eldridge*, la Corte consideró, en cambio, si la legislación impugnada confería autoridad discrecional que permitiera haber garantizado los derechos de la Carta. La Corte señaló que esa ley confería autoridad discrecional al Poder Ejecutivo para proporcionar exoneraciones, y

62 *Ibid.*, párrs. 64-71.

63 Immigration and Refugee Protection Act, SC 2001, c 27 (según la s. 25(1), el ministro puede conceder la residencia permanente cuando esté convencido de que se justifica por razones humanitarias o compasivas, teniendo en cuenta los mejores intereses del niño directamente afectado); Gobierno de Canadá (mayo de 2013), OP-10 Permanent Residency Status Determination, s. 16.1 (<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/op10-eng.pdf>).

64 Canada (Attorney General) *vs.* PHS Community Services Society, [2011] 3 SCR 134 [Insite].

65 Controlled Drugs and Substances Act, SC 1996, c 19.

66 Insite, párrs. 112-115.

consideró si el hecho de que el Ministerio de Salud no hubiera concedido una exoneración a Insite se ajustaba a la Carta.⁶⁷

Al revisar las pruebas apabullantes de los beneficios generados por tener un lugar para la administración de inyecciones seguras y los servicios de salud relacionados para aquellos en situación de necesidad, y considerar los efectos negativos de no garantizar la prestación continuada de esos servicios, el Tribunal consideró que no haberle concedido una exención a Insite violaba el derecho a la vida y no se ajustaba a los principios de la justicia fundamental porque era arbitrario e irrazonable. En particular, concluyó que “el efecto de negar los servicios de Insite a la población que asiste es enormemente desproporcionado con relación a cualquier beneficio que Canadá pueda obtener de la vigencia de una posición uniforme con respecto a la posesión de drogas”.⁶⁸ Determinó que el Ministerio estaba obligado a otorgar una exención discrecional a Insite, basándose en la valoración apropiada de las pruebas sobre las necesidades que tenían grupos vulnerables de los servicios que esa organización proporcionaba.⁶⁹ Después de considerar la opción de aprobar una orden declaratoria y enviar de nuevo la decisión al ministro para que este ejerciera su discrecionalidad conforme a la Carta, el Tribunal prefirió dictar una orden perentoria que le exigiera al ministro conceder a Insite la exención necesaria “inmediatamente”. El Tribunal consideró que en este caso no había una “miríada” de opciones razonables para el ministro, como sí las había habido en Eldridge. La única decisión razonable en esas circunstancias era conceder una exención a Insite para que la organización pudiera continuar proporcionando sus servicios esenciales para los usuarios de drogas intravenosas.⁷⁰ Por tanto, en este tipo de caso, el enfoque de la razonabilidad produce un remedio duro o inmediato. El ministro cumplió la orden, e Insite ha podido continuar proporcionando sus servicios. Además, la sentencia despertó interés por prestar servicios similares en otros lugares de Canadá.⁷¹

En las decisiones más recientes de *Doré vs. Barreau du Québec*⁷²

67 *Ibid.*, párrs. 127-136.

68 *Ibid.*, párr. 133.

69 Insite.

70 Insite, párr. 150.

71 Como respuesta a la sentencia se desarrollaron nuevas iniciativas en Montreal y Quebec (Harris, 2011), *Following Insite ruling, safe-injection sites planned for Montreal and Quebec City. This magazine* (<http://this.org/blog/2011/11/28/insite-safe-injection-montreal-quebec>).

72 *Doré vs. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12 [Doré].

y *Loyola High School vs. Quebec (Attorney General)*,⁷³ el Tribunal Supremo revisó la obligación de ejercer la discrecionalidad de forma congruente con la Carta y con los principios de razonabilidad de los derechos humanos, y consideró la relación entre los estándares administrativo y constitucional de razonabilidad. El Tribunal revisó el enfoque adoptado en *Slaight Communications* y en decisiones subsecuentes que siguieron este modelo, según el cual la valoración de si una decisión administrativa era razonable y respetaba los derechos de la Carta se realizaba conforme a los requisitos de los “límites razonables” de la sección 1. La Corte declaró en *Doré* que cuando se requiere que quienes toman decisiones administrativas tengan que proteger los derechos de la Carta y los valores de los derechos humanos en el contexto del ejercicio de su discrecionalidad, como en *Slaight Communications*, el control de constitucionalidad de esas decisiones puede realizarse conforme a un test de razonabilidad propio del derecho administrativo, en lugar de mediante el recurso a los límites razonables y el análisis de la proporcionalidad de la sección 1. La magistrada Abella, que redactó la decisión del Tribunal, explica que la visión moderna de los tribunales administrativos ha dado lugar a una forma más sólida de razonabilidad del derecho administrativo, que incorpora a sus estándares la Carta y el derecho de los derechos humanos. Debería aplicarse un estándar de derecho administrativo que esté informado por los valores constitucionales y de derechos humanos para proporcionar esencialmente el mismo nivel de protección de los derechos fundamentales que otorga el tipo de análisis de los límites y la proporcionalidad razonables de la sección 1 de la Carta que se hizo en *Slaight Communications*.⁷⁴

Existe el riesgo de que el intento del Tribunal Supremo de Canadá de amoldar los estándares de razonabilidad administrativa, constitucional y de derechos humanos a la Carta pueda producir una mayor deferencia hacia las decisiones de los funcionarios administrativos de lo que ocurría cuando se realizaba una evaluación completa siguiendo la Carta, como en *Slaight Communications* o *Eldridge*. Sin embargo, el nuevo enfoque descrito en *Doré* y aclarado en *Loyola*, como una afirmación de un estándar riguroso de revisión de razonabilidad con “el mismo músculo justificatorio” que la prueba *Oakes* para la sección 1 de la Carta, proporciona sólidos fundamentos para insistir en que todos los encargados de tomar decisiones en el ámbito administrativo consideren los derechos constitucionales, incluido el derecho a obligaciones de igualdad sustantiva y a medidas positivas requeridas para

73 *Loyola High School vs. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12.

74 *Doré*, párr. 29.

atender las necesidades de los grupos protegidos, y las obligaciones internacionales de derechos humanos (incluidos los derechos socioeconómicos). El reto de hacer realidad el potencial transformador de este nuevo estándar “robusto” para la toma razonable de decisiones debe garantizar que los encargados de tomar decisiones administrativas se tomen en serio la obligación de considerar los valores de derechos humanos. Como señalan Lorne Sossin y Andrea Hill (2014, p. 357):

Si se incorpora a las directrices, instrucciones y prácticas de los tribunales el principio de que la discrecionalidad se ejerce de manera congruente con los valores de la Carta, ello podría tener profundos efectos sobre la oportunidad de promover los derechos sociales en esos espacios de decisión judicial. Por contraste, si resulta que tales valores no son relevantes en las decisiones cotidianas de esos cuerpos, la retórica sobre los tribunales de Doré sugerirá que es ilusorio un marco de referencia orientado por los derechos.

Lo evidente es que ahora hay una base en la Carta canadiense y en la jurisprudencia contencioso administrativa para promover y hacer cumplir decisiones basadas generalmente en derechos —cimentados en los derechos fundamentales de la Carta—, las obligaciones internacionales de Canadá conforme al *Pidesc* y los otros tratados de derechos humanos, bajo un estándar de razonabilidad bien articulado que incorpora deberes positivos de atender a las circunstancias y garantizar los derechos de las personas con discapacidades y otros grupos marginados. Quinot y Liebenberg (2011, p. 641) han descrito una convergencia parecida de los diferentes estándares de razonabilidad en la jurisprudencia sudafricana, y argumentan que establece el fundamento para un modelo coherente de control de constitucionalidad “que parta del desarrollo de la razonabilidad como un estándar tanto para justicia administrativa como para la jurisprudencia sobre derechos socioeconómicos”. Hoy hay un fundamento en la jurisprudencia canadiense para hacer cumplir el estándar de razonabilidad propuesto por Liebenberg y Quinot conforme al derecho administrativo y constitucional sudafricano. La cuestión es si los tribunales administrativos y ordinarios lo aplicarán.

La razonabilidad debería considerarse más que un estándar de control judicial de constitucionalidad. Es la base de un derecho positivo a que los derechos propios sean adecuadamente considerados y garantizados cuando se tomen decisiones que los afecten. Cumplir el derecho a la razonabilidad es un asunto que no corresponde solo a los tribunales; es un estándar para la toma de decisiones que debe ser aplicado por quienes deciden en una variedad de entornos y que da a los titulares de derechos la facultad de reclamarlos y hacerlos cumplir

en diversos contextos. La amplia variedad de procesos decisorios a los que afecta el estándar es lo que crea su gigantesco potencial transformador pero, al mismo tiempo, plantea retos significativos en cuanto al cumplimiento. Los que toman decisiones deben contar con la evidencia necesaria para considerar todas las circunstancias relevantes, ser conscientes de cómo el derecho internacional de los derechos humanos, los derechos humanos nacionales y los derechos constitucionales pueden verse afectados, y cómo pueden interpretarse los derechos humanos de forma congruente con los DESC. Deben tener la formación para contextualizar los derechos sociales en sus áreas de conocimiento experto y aplicar el estándar de razonabilidad informado por los derechos y reconocido por el Tribunal Supremo de Canadá. Cumplir ese estándar de razonabilidad —dada la amplia variedad de encargados de tomar decisiones en el ámbito administrativo, cuasi-judicial y judicial, que va de tribunales de vivienda que supervisan los desalojos, a tribunales de asistencia social, árbitros de prestaciones de desempleo, y gestores de programas para discapacitados— es una empresa enorme para los agentes sociales interesados y para las organizaciones de la sociedad civil. Las organizaciones activistas capaces de proporcionar asistencia y representación en esas áreas se han visto sometidas a un ataque continuo por el gobierno de derecha de Ottawa, que ha puesto en peligro las fuentes tradicionales de financiación pública y las provenientes de donaciones.⁷⁵

Los retos al cumplimiento planteados por un estándar de razonabilidad más coherente y universalmente aplicable, sin embargo, son proporcionales a su potencial. El Tribunal Supremo de Canadá ha reconocido un derecho a la razonabilidad que aporta un fundamento legal para un activismo jurídico y una movilización de la sociedad civil preocupada por la variedad de decisiones y políticas que han creado las crisis de pobreza, de personas sin hogar y de hambre en Canadá.⁷⁶ Todavía es posible pedirle a los tribunales que revisen las decisiones incongruentes con el nuevo estándar, así que la dispersión de la autoridad para aplicar las normas y los valores de derechos humanos no implica que los tribunales hayan renunciado a su responsabilidad de

75 Voices-Voix (2013), Canada: Voices-Voix Submission to the UN Universal Periodic Review (22 abril - 3 mayo de 2013). En 16th Session of the UPR Working Group of the Human Rights Council (http://voices-voix.ca/sites/voices-voix.ca/files/upr_submission_voices-voix.pdf).

76 Para un ejemplo de una iniciativa para promover y hacer cumplir el derecho a la razonabilidad, véanse los recursos de los demandantes y los activistas de Ontario, en Social Rights Ontario (N.D.), Social Rights in Ontario: Adequate Food, Housing and Other Requirements of Dignity (www.social-rightsontario.ca).

efectuar una supervisión y una revisión rigurosas. El riesgo de que los tribunales hagan su estudio de razonabilidad concediendo excesiva discrecionalidad a las decisiones del Gobierno es algo real, y hay que resistirse sin descanso a ello, porque esto supondría negar a los demandantes la revisión rigurosa de la corrección de las decisiones administrativas aplicables conforme a la Carta. Los tribunales no pueden desistir de su responsabilidad constitucional de garantizar que las decisiones administrativas sean plenamente congruentes con los derechos humanos internacionales y constitucionales, y que estos sean aplicados de manera apropiada en ejercicio de toda autoridad pública delegada a terceros. Como se señaló, los remedios efectivos frente a las “fallas del sistema de reconocimiento de derechos”, como las describe Amartya Sen, requieren estrategias con fundamentos amplios para reevaluar y garantizar los derechos de las personas a quienes se han negado los derechos y la dignidad. Las estrategias estarán basadas en la movilización política, la educación y la protesta públicas, en una variedad amplia de áreas que afectan los derechos sociales. También en la esfera jurídica, el llamado al cambio tiene que ocurrir en todos los niveles decisorios y debe involucrar a una variedad amplia de sujetos. Las estrategias basadas en los derechos recomendadas por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas requieren el acceso a remedios efectivos en todos los niveles de la administración y de los programas públicos. Un estándar de razonabilidad correctamente aplicado es la mejor forma de garantizar todo eso.

Una cuestión fundamental para evaluar las estrategias de cumplimiento es cuándo recurrir a los tribunales para garantizar el cumplimiento de los derechos sociales y cuándo recurrir a otros sujetos. Las medidas judiciales que ordenan el reconocimiento de derechos de la forma más simple y fácil de ejecutar no tienden a ocuparse de la necesidad de que agentes no judiciales tomen decisiones basadas en el respeto de los derechos; asignan el trabajo de interpretar y aplicar los derechos constitucionales y humanos a los jueces. Los tribunales asumen la única responsabilidad de decidir sobre cuáles son los derechos exigibles para garantizar aquellos fundamentales. Ese fue el paradigma de las medidas judiciales propuesto en primer lugar por los demandantes en los casos *Eldridge* e *Insite*, quienes buscaron cambios en la legislación para que la reivindicación de los derechos no dependiera de alguna forma de la discrecionalidad administrativa o del Poder Ejecutivo. El Tribunal Supremo rechazó ese enfoque en favor de un modelo en el que la Constitución y los derechos humanos internacionales funcionaran más como un marco de interpretación legal y como base para las decisiones. Se les exigía a los agentes no judiciales efectuar una

valoración de qué significan los derechos en contextos específicos y de tomar decisiones en consecuencia; cuando, en opinión del Tribunal, lo hicieran mal, rechazarían sus decisiones. Órdenes judiciales que hubieran interpretado, como en *Eldridge*, que la legislación sobre servicios de salud incluía el derecho a servicios de interpretación o que la ley sobre drogas, como en *Controlled Drugs and Substances*, contenía el derecho a proporcionar narcóticos administrados de forma segura en un contexto terapéutico, hubieran sido más simples de cumplir. Sin embargo, esos remedios no hubieran tenido el mismo efecto que haber extendido la obligación de tomar decisiones basadas en los derechos más allá de los tribunales —lo que transfiere de manera más amplia la obligación a otros encargados de tomar decisiones por delegación de la autoridad pública—, ni hubieran dado poder a los reclamantes de derechos para exigir decisiones y políticas razonables en contextos diferentes a los judiciales.

La atención prestada por el Tribunal Supremo a que decisiones razonables garanticen derechos proporciona un fundamento sólido para hacer cumplir las decisiones y políticas relativas a los derechos sociales entre varios sujetos y ante diversos órganos de decisión de conflictos. Las decisiones razonables deben situar y aplicar los derechos en circunstancias específicas. El enfoque preferido por el Tribunal Supremo les asigna a los tribunales la función de aclarar los principios, los derechos y los valores que deberían informar las decisiones basadas en los derechos, y en torno a los cuales los sistemas de reconocimiento de derechos deberían diseñarse y aplicarse. Las decisiones razonables deberían situar y aplicar los derechos en circunstancias específicas. En lugar de considerar si la Carta o los derechos humanos requieren que un beneficio o una protección sea reconocido explícitamente mediante una ley específica para cada contexto, este enfoque atiende a si la persona a cargo de tomar la decisión tiene la autoridad para otorgar el beneficio o la protección, y si las decisiones que se tomaron conforme a esa autoridad son congruentes con los derechos fundamentales. La calidad del proceso de decisión no se valora solo a partir de fundamentos procedimentales, sino también a la luz de las obligaciones sustantivas de los gobiernos de garantizar y proteger los derechos fundamentales. En su estudio de casos particulares concernientes a derechos de la Carta o derechos humanos internacionales aplicados en el ejercicio de la discrecionalidad de las autoridades, el Tribunal Supremo ha aclarado cómo estos tienen que ser considerados y aplicados por los encargados de tomar las decisiones, que deben desarrollar la competencia para garantizar los derechos en el ejercicio de la discrecionalidad, dentro de sus mandatos especializados. En lugar de esperar que los tribunales o

los órganos legislativos resuelvan los conflictos sobre las obligaciones legales y los derechos reconocidos en contextos específicos, se les exige a los administradores públicos cumplir con los estándares de razonabilidad basados en los derechos, y la intervención judicial solo se produce si no se cumplen esos estándares.

El cumplimiento del derecho a asignaciones presupuestales razonables: Newfoundland (Treasury Board) vs. NAPE

El Tribunal Supremo de Canadá ha reconocido que las políticas y los programas razonables implican muchas veces balancear expectativas competidoras sobre recursos limitados. Como se señaló, el Tribunal declaró en Eldridge que los encargados de tomar las decisiones no habían cumplido con la Carta cuando se negaron a financiar los servicios de interpretación, considerados como un gasto razonable a la luz de una ponderación de los costos proyectados frente a la importancia de la igualdad para las personas con discapacidad.

En el caso Newfoundland (*Treasury Board*) vs. NAPE⁷⁷, la ponderación necesaria era más difícil y el Tribunal Supremo de Canadá consideró que los encargados de la decisión habían actuado razonablemente teniendo en cuenta las restricciones presupuestales. En este caso, la asociación de empleados públicos y privados de Terranova (la Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employees - NAPE) demandó una norma de control de gastos públicos, la Public Sector Restraint Act,⁷⁸ que retrasaba en tres años la implementación de un programa de igualdad salarial. El resultado de ese retraso retroactivo era eliminar un pago inicial de 24 millones de dólares a trabajadores de áreas en las que el empleo era mayoritariamente femenino. El Gobierno argumentó que la medida era necesaria debido a “una crisis financiera sin precedentes en la historia de la Provincia”.⁷⁹ Los demandantes, por otro lado, argumentaban que esa cancelación constituía discriminación sexual, que no podía justificarse por razones presupuestarias. El Tribunal Supremo estuvo de acuerdo con los demandantes en que el derecho a la igualdad se había violado por la decisión que revocaba el pago retroactivo. El Tribunal determinó, sin embargo, que la medida estaba justificada en el contexto de una crisis fiscal que había llevado a recortes en todos los rubros del gasto público

77 Newfoundland (Treasury Board) vs. N.A.P.E., [2004] 3 SCR 381 [NAPE].

78 Public Sector Restraint Act, SN 1991, c 3.

79 NAPE, párr. 7.

del Gobierno, incluido el recorte de camas hospitalarias, el despido de muchos empleados y la reducción de programas sociales.

La decisión NAPE fue vista por muchos como un retroceso de los derechos de igualdad de las mujeres, puesto que ninguna decisión anterior había determinado que estos derechos pudieran limitarse por razones presupuestales. Sin embargo, desde la perspectiva de promover la intervención judicial en las reclamaciones sustantivas de derechos sociales, es improbable (y no necesariamente deseable) que los tribunales consideren demandas con importantes consecuencias presupuestales sin solicitar a los gobiernos, o a los grupos que defienden inversiones en otras necesidades insatisfechas en competencia por los mismos recursos, que proporcionen evidencia de qué cabe entender por medidas presupuestales razonables en circunstancias concretas. Garantizar la igualdad sustantiva para las mujeres y otros grupos conforme a la sección 15 de la Carta puede tratarse más de garantizar que los tribunales aplican un estándar sólido de “medidas presupuestales razonables”, conmensurable con la primacía de los derechos humanos y la igualdad, en vez de ignorar totalmente las consideraciones presupuestales en las decisiones judiciales sobre derechos.

Una cuestión que se planteó en el caso NAPE fue la calidad de las pruebas relativas al presupuesto que se presentaron al Tribunal. Varios comentaristas han criticado la disposición del Tribunal Supremo de aceptar la explicación del Gobierno sobre la crisis fiscal.⁸⁰ De hecho, fue una circunstancia desafortunada que se hubieran limitado los informes disponibles para el Tribunal Supremo de Canadá con los cuales poder evaluar la razonabilidad de la decisión presupuestal. El caso fue primero oído por un Consejo de Arbitraje de tres personas como respuesta a una queja tras la celebración del acuerdo colectivo. Las pruebas presentadas por el Gobierno al Consejo de Arbitraje con respecto a las limitaciones presupuestales fueron un extracto de las minutas sobre el debate legislativo y algunos documentos del presupuesto.⁸¹ Los testigos del Gobierno no habían estado involucrados en la ponderación de las diferentes opciones disponibles durante el proceso de aprobación del presupuesto.⁸²

80 Véase, por ejemplo, la sentencia reescrita del caso NAPE, redactada por Women’s Court of Canada, un grupo feminista en pro de la igualdad, formado por activistas, abogados y académicos que reescriben las principales decisiones que afectan los intereses de la mujer. *Newfoundland (Treasury Board) vs. NAPE*, 2006, 1 WCR 327 (<http://www.thecourt.ca/wp-content/uploads/2008/06/womenscourt-newfoundland.pdf>); véase también Mellon (2006, p. 135).

81 NAPE, párr. 55.

82 *Idem*.

Para valorar si la decisión del Tribunal Supremo en este caso se ajusta a los estándares internacionales sobre razonabilidad que se están desarrollando con respecto a la elaboración de presupuestos y recursos disponibles, es importante reconocer que la relación deuda/PIB en Terranova y Labrador era en esa época más alta que en cualquier otra provincia canadiense en los últimos veinte años (Norris, 2003). Terranova y Labrador tenían las tasas de desempleo más elevadas de toda la nación en el momento en el que se hicieron los recortes, en gran parte debido al colapso traumático de los bancos de bacalao. La provincia había combatido tasas de pobreza en las familias con hijos, que eran las más altas de Canadá (National Council on Welfare, 1992). Terranova tenía también una historia particular en relación con la deuda. El Dominio Independiente de Terranova había perdido su independencia de Gran Bretaña durante la Gran Depresión debido a una crisis fiscal inmanejable y la deuda fue también un elemento relevante en la discutida decisión posterior de convertirse en una provincia de Canadá en 1949 (Reynolds, 2009). Esta historia tiene un gran peso en la conciencia de Terranova. Es difícil, en circunstancias como estas, que un Consejo de Arbitraje o un tribunal anulara una decisión presupuestal para incrementar el déficit presupuestal proyectado en un 10 %.⁸³

Una consideración fundamental en el análisis de razonabilidad también debe ser si se le da prioridad a las necesidades de los grupos vulnerables.⁸⁴ A diferencia de otros gobiernos provinciales de Canadá, la provincia de Terranova y Labrador se comprometió a proteger totalmente las tasas de asistencia social para madres solteras de todo recorte durante años de fuerte restricción fiscal, con lo que mantuvo las tasas de asistencia social más elevadas para madres solteras en Canadá en términos reales (National Council on Welfare, 1992).⁸⁵ La exclusión de la asistencia social a las madres solteras debido a los recortes del gasto fue de importancia crucial para las mujeres que vivían en situación de pobreza cuando el declive de las pesquerías de bacalao, y la subsiguiente moratoria produjo el despido generalizado de las mujeres que trabajaban en empleos estacionales de bajos salarios. Aquellas que

83 *Ibid.*, párr. 72.

84 *Irwin Toy Ltd. vs. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 SCR 927 párr. 75; Porter (2006) y United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the "Maximum of Available Resources" under an Optional Protocol to the Covenant* (38th Session, 2007), UN-CESCROR, UN Doc E/C.12/2007/1 (2007).

85 Nótese que en 1999 Terranova seguía teniendo las tasas más altas para progenitores solteros.

dependían de la asistencia social en Terranova estaban en una posición significativamente más precaria y desfavorecida en el contexto de las medidas de austeridad que las empleadas en el sector público afectadas negativamente por la cancelación retroactiva del pago compensatorio.

El estándar de razonabilidad desarrollado por el Tribunal Supremo en NAPE debería garantizar que los tribunales continúan viendo las justificaciones presupuestales de los gobiernos con “escepticismo”, al mismo tiempo que reconocen que la ponderación razonable de las expectativas competidoras sobre los recursos es un elemento crucial en decisiones respetuosas de los derechos. El magistrado Binnie resume el enfoque del tribunal de la siguiente forma:

Me parece que el resultado de todo esto es que los tribunales continuarán mirando con fuerte escepticismo los intentos por justificar las violaciones de los derechos de la Carta por razones de restricciones presupuestales. No hacerlo así devaluaría la Carta porque siempre hay restricciones presupuestales y siempre hay otras prioridades urgentes del Gobierno. No obstante, los tribunales no pueden cerrar los ojos ante las emergencias financieras que ocurren periódicamente, cuando las prioridades tienen que ordenarse para que el Estado sortee la crisis. No se puede decir que al ponderar el retraso en el calendario para implementar la igualdad salarial frente al cierre de cientos de camas hospitalarias, como aquí, el Gobierno haya efectuado un ejercicio “cuyo único propósito es financiero”. El ejercicio de ponderación en este caso tiene que ver tanto con valores sociales como con dólares. En el caso presente, el “impacto potencial” son 24 millones de dólares canadienses, equivalentes a más del 10 % del déficit presupuestal para 1991-1992. El retraso en la implementación de la igualdad salarial es un asunto serio, pero también lo es (por ejemplo) el despido de 1300 empleados permanentes, 350 a tiempo parcial y 350 estacionales, y la eliminación para el público de los servicios que prestaban (National Council on Welfare, 1992, para 72).

Cabría defender, por tanto, que el estándar de razonabilidad aplicado en la decisión NAPE es compatible con los estándares de razonabilidad que están surgiendo internacionalmente. Es importante señalar que el Tribunal se negó a aceptar que hubiera que adoptar un criterio estándar de revisión respetuoso en relación con todas las decisiones presupuestales. El Tribunal rechazó con fuerza la posición formulada por el magistrado Marshal, ponente de la decisión de la mayoría en el Tribunal de Apelaciones de Terranova, que sugería que había que conceder un amplio margen de discrecionalidad a las medidas de política pública y presupuestal del Gobierno, basándose en una visión más tradicional de la separación de poderes entre los poderes Judicial y Legislativo. El magistrado Binnie respondió aclarando una distinción fundamental entre las decisiones consideradas “razonables” por los legisladores y

las que satisfacen los estándares de razonabilidad constitucionales o basados en los derechos que los tribunales están obligados a aplicar:

Sin duda el Parlamento y los órganos legislativos, en general, aprueban las medidas que, en representación de la opinión mayoritaria, consideran límites razonables y que a su criterio se han justificado. La deferencia a la elección del legislador en el grado propuesto por el magistrado Marshall limitaría y haría superfluo en gran medida el segundo estudio realizado por los tribunales conforme a la sección 1 de la Carta. La deferencia a la opinión de la mayoría en ese grado dejaría poca protección a las minorías. La propuesta del magistrado Marshall, con todo el respeto, no está basada en el texto de la sección 1, sino en la disolución del requisito de la justificación “demostrable”.⁸⁶

Aunque en NAPE el Tribunal falló en contra de los demandantes y les negó el remedio judicial que solicitaron, el estándar de razonabilidad desarrollado en la decisión tuvo una gran relevancia en el éxito posterior de los demandantes en conseguir ese derecho mediante una acción política, más que jurídica. Dos años después de que el Tribunal Supremo dictara esa sentencia, los ingresos procedentes del petróleo comenzaron a llegar a Terranova, por lo que los grupos de mujeres comenzaron una campaña de presión política que convenció al Gobierno de realizar el pago retroactivo de los 24 millones de dólares (Baker, 2006). La campaña política recurrió con fuerza al argumento del Tribunal Supremo de que se habían violado los derechos de las mujeres y que la medida de austeridad solo era admisible en las circunstancias de una crisis fiscal (Greene, 2010). En ese sentido, incluso negando el remedio buscado por los demandantes, el Tribunal había empoderado al grupo afectado y eso le permitió finalmente ganar el derecho que pretendían cuando las circunstancias fiscales cambiaron. El Tribunal estableció un marco para la evaluación de la constitucionalidad de las asignaciones presupuestales que requería que los derechos fundamentales, incluidos los sociales —como los derechos a la salud y al trabajo—, fueran ponderados de una manera razonable y justa frente a otras consideraciones, teniendo que prestar consideración especial a las necesidades de los grupos vulnerables. En una situación de mejora del entorno fiscal, la decisión NAPE empoderó a los ciudadanos afectados para que presionaran políticamente y consiguieran un resultado diferente, apoyándose en el mismo estándar de razonabilidad de las asignaciones presupuestales frente a los recursos disponibles, y las obligaciones con respecto a los derechos sociales que compiten por ellos.

86 NAPE, párr. 103.

Tanudjaja vs. Canada: reclamar y hacer cumplir el derecho a una vivienda adecuada

Como se mencionó, Amartya Sen (1988), en una de sus primeras investigaciones de campo innovadoras, mostró que la pobreza y la hambruna no eran en general causadas por una escasez de bienes o por fallas puntuales de programas específicos, sino más bien por fallas generalizadas del sistema interdependientes de reconocimiento de los derechos. El sistema general de derechos a los subsidios de vivienda, la producción de vivienda social, las ayudas al ingreso, los derechos de propiedad y a la tierra, las leyes de vivienda, la planificación de uso del suelo, los programas sociales, las protecciones salariales, la seguridad social, la regulación de los agentes privados y otros aspectos parecidos tienen un efecto acumulativo y dejan a ciertos grupos sin acceso a una vivienda adecuada. El concepto de una falla estructural del sistema de reconocimiento de derechos es, por consiguiente, una caracterización apropiada de la crisis de las personas sin techo en Canadá. No hay un defecto único o una violación puntual que pueda ser corregida extendiendo o mejorando un beneficio existente o una norma jurídica concreta. Una estrategia efectiva de medidas e implementación de estas debe ocuparse del efecto acumulativo e interconectado de una multitud de leyes, políticas y programas que han creado un patrón sistémico de exclusión, viviendas inadecuadas y personas sin techo entre grupos específicos.

El concepto de falla estructural del sistema de reconocimiento de derechos parece especialmente adecuado para el contexto canadiense, en el que el hambre y el número de personas sin hogar se han generalizado en un momento de prosperidad y crecimiento económico. Los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas han identificado muchos de los elementos de esa falla del sistema de reconocimiento de derechos, como las ayudas inadecuadas al ingreso familiar, un salario mínimo bajo, la falta de seguridad en la posesión, la erosión de los derechos al territorio y a los recursos de los pueblos indígenas, subsidios de vivienda insuficientes, financiación inadecuada de la vivienda social, restricciones al seguro de desempleo que afectan a las mujeres y a los trabajadores de tiempo parcial, la falta de viviendas con apoyo para las personas que sufren de discapacidad mental, y protecciones inadecuadas de derechos humanos frente a la estigmatización creciente de las personas que viven en pobreza o sin techo.⁸⁷ Ninguna

87 United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights,

de esas falencias está justificada por la falta de recursos. Por el contrario, la evidencia apoya con claridad la afirmación de que los gobiernos conseguirían ahorros netos en los costos de los programas de servicios de salud, justicia y sociales, si tomaran medidas positivas para remediar la pobreza y la falta de vivienda (Jackman y Porter, 2014).

En *Tanudjaja vs. Canada*,⁸⁸ las personas afectadas por la falta de vivienda se unieron con una red de organizaciones para pedir a los tribunales que se ocuparan directamente mediante estrategias efectivas de la inacción actual de los gobiernos de Canadá con respecto a la crisis de derechos humanos relativa a las personas que carecen de techo y a las viviendas inadecuadas. Los demandantes de *Tanudjaja* querían garantizar, mediante un enfoque innovador con respecto a las medidas judiciales, que el Tribunal incluyera órdenes declaratorias y de seguimiento, y que los gobiernos desarrollaran, en consulta con las comunidades afectadas, una estrategia conjunta nacional y provincial para proveer vivienda. Como recomendaron los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, eso incluía mecanismos efectivos de control de la responsabilidad, fijación de objetivos y calendarios para la eliminación del problema de las personas sin techo, y la implementación del derecho a una vivienda adecuada. Los demandantes le solicitaron al Tribunal que conservara su jurisdicción de la misma manera que lo había hecho en el caso *Doucet-Beadreau*, ya explicado, para garantizar que la estrategia sería diseñada e implementada de manera oportuna, con la participación de las comunidades afectadas. La innovadora estrategia con respecto a los remedios desarrollada en el caso *Tanudjaja* fue adelantada por una gran red de grupos e individuos involucrados en la solución al problema de las personas sin vivienda.⁸⁹ La red estudió las recomendaciones de las autoridades internaciona-

Concluding Observations: Canada (Eighteenth Session, 1993), UN Doc E/C.12/1/Add.31 (1998); United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations: Canada* (Thirty-sixth session, 2006), UN Doc E/C.12/CAN/CO/4 & E/C.12/CAN/CO/5 (2006).

88 *Tanudjaja vs. Canada* (Ont Sup Ct File no CV-10-403688) (2011). Amended Notice of Application (mayo 26 de 2010) ([http://socialrightscura.ca/documents/legal/Amended%20Not.%20of%20App.\(R2H\).pdf](http://socialrightscura.ca/documents/legal/Amended%20Not.%20of%20App.(R2H).pdf)). *Tanudjaja vs. Attorney General (Canada)* (Application), 2013 ONSC 5410; *Tanudjaja vs. Canada* (Attorney General), 2014 ONCA 852; denegación de la posibilidad de presentar apelación ante el Tribunal Supremo de Canadá, Jennifer Tanudjaja, *et al. vs. Attorney General of Canada, et al.*, 2015 CanLII 36780 (SCC). Hay documentación adicional del caso disponible en <http://socialrightscura.ca/eng/legal-strategies-charter-challenge-homlessness.html>.

89 Para una descripción de las organizaciones de la sociedad civil y las movilizaciones que acompañan esta iniciativa judicial, y también de las estrategias legales y las pruebas, véase *Social Rights in Canada* (2010).

les de derechos humanos, como el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Vivienda Adecuada y el CDESC, que habían solicitado reiteradamente a los gobiernos canadienses que trabajaran de manera conjunta para adoptar una estrategia nacional, basada en los derechos, para ocuparse del problema de las personas sin techo. Después de muchos años de inacción del Gobierno, que no había respondido a esas recomendaciones críticas, privando así de derechos fundamentales reconocidos en la Carta a las personas que no tenían vivienda o tenían una vivienda inadecuada —como el derecho a la vida, a la seguridad de la persona y a la igualdad—, los interesados decidieron que los tribunales canadienses debían participar a la hora de garantizar que se actuara conforme a esas autorizadas recomendaciones. En los años anteriores se presentaron demandas con respecto a elementos del derecho a una vivienda adecuada en Canadá, como la insuficiente seguridad de las protecciones en la posesión para algunos grupos sociales (Sparks⁹⁰), requisitos de renta que descalifican a las personas de bajos ingresos,⁹⁰ tasas de asistencia social inadecuadas para grupos específicos,⁹¹ costos excesivos de los servicios públicos para hogares de bajos ingresos⁹² y prohibiciones de construir refugios temporales en los parques (Adams). En esos casos se apeló al derecho internacional de derechos humanos para alentar a los tribunales a interpretar los estatutos existentes y los derechos constitucionales de tal manera que se promoviera el derecho a la vivienda.

Antes del caso Tanudjaja los tribunales nunca habían considerado una demanda constitucional que solicitara un remedio integral dirigido a ocuparse de la crisis de las personas sin vivienda como una violación de derechos humanos en sí misma, que requería una estrategia integral de medidas judiciales múltiples, con varias dimensiones, y tuviera que implementarse en un plazo específico. Ningún grupo o individuo había presentado una demanda que solicitara, como medida judicial, una respuesta coherente al problema de las personas sin techo. Aunque aspirar a que este problema sea solucionado por un único caso judicial parece ambicioso, la demanda reconocía que el problema de estas personas era evidentemente solucionable en Canadá. Sin embargo, la solución no podía reducirse al reconocimiento de un único derecho o a una política. La demanda no alegaba que hubiera que proporcionarle una

90 *Kearney vs. Bramalea Ltd.* (1998), 34 CHRR D/1 (Ont. Bd. Inq.), confirmada en *Shelter Corporation vs. Ontario Human Rights Commission* (2001), 143 OAC 54 (Ont. Sup. Ct.); *Whittom vs. Quebec* (Commission des droits de la personne) (1997), 29 CHRR D/1 (Que. CA).

91 *Gosselin vs. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 SCR 429, 2002 SCC 84.

92 *Boulter vs. Nova Scotia Power Incorporated*, 2009 NSCA 17.

vivienda a todo el mundo. En lugar de eso, invocaba que los gobiernos debían tomar decisiones y rediseñar las políticas y los programas públicos de manera tal que se redujera y, en última instancia, se eliminara el problema de las personas sin vivienda. El derecho a dormir debajo de una caja en un parque, que se había ganado en *Victoria vs. Adams*,⁹³ era un remedio desproporcionado por insuficiente cuando se comparaba con la abundancia de recursos de Canadá. En *Tanudjaja*, los demandantes solicitaban un remedio que se ajustara más a los estándares internacionales de razonabilidad basados en los recursos disponibles.⁹⁴

En lugar de intentar identificar una ley específica que pudiera ser demanda y solicitar una medida judicial más tradicional, basada en una ley, quienes presentaron la demanda en *Tanudjaja* se preguntaron primero qué clase de remedio sería efectivo y en función de ello configuraron su solicitud de las medidas remediales requeridas para ocuparse del problema de las personas sin vivienda. Para proporcionar coherencia y especificidad al incumplimiento alegado, los demandantes identificaron como una violación primordial de derechos la falla del Gobierno en implementar una estrategia integral que se ocupara de las personas sin techo, y de las viviendas inadecuadas. La principal violación alegada en *Tanudjaja*, como en *Eldedrige*, fue la ausencia de una respuesta razonable de los gobiernos frente a las necesidades de un grupo vulnerable, omisión que equivalía a una violación de los derechos de la Carta. El no haber adoptado una estrategia de vivienda había producido violaciones del derecho a la vida, a la seguridad de la persona y a la igualdad de grupos desfavorecidos de la sociedad, los más vulnerables al problema de la falta de techo. Los demandantes le solicitaban al Tribunal ordenar a los gobiernos federal y provincial que dialogaran significativamente con los interesados y diseñaran una estrategia efectiva para implementar el derecho a una vivienda adecuada en un periodo razonable de tiempo.

Los demandantes proporcionaron pruebas con respecto a la estigmatización y la discriminación contra las personas sin vivienda y del efecto desproporcionado que tenía la falta de esta en las personas con discapacidades físicas y mentales, pueblos indígenas, mujeres, niños e inmigrantes recientes, con lo que se alegaba que el fracaso del Gobierno a la hora de implementar una estrategia que se ocupara de las personas sin vivienda tenía un efecto discriminatorio en grupos protegidos. Hay bastantes pruebas sobre los efectos de carecer de vivienda en la vida y la salud. En su declaración jurada de apoyo a la demanda,

93 *Idem.*

94 *Tanudjaja vs. Attorney General (Canada)*, 2013 ONSC 1878.

Cathy Crowe, una enfermera que ha trabajado durante más de veinte años con la gente que vive en la calle en Toronto describe algunas de las consecuencias de la falta de vivienda de las que ella ha sido testigo:

He visto infecciones y enfermedades que acaban con las vidas de las personas sin hogar: lesiones por congelación, deshidratación, neumonías, diarrea crónica, hepatitis, infección por VIH e infecciones de la piel por picaduras de chinches. Para las personas que viven en viviendas adecuadas, esas enfermedades son curables o manejables. Sin embargo, para la gente que no tiene vivienda es mucho más difícil. Las personas sin vivienda tienen una exposición mucho mayor a los agentes infecciosos y a las plagas de pulgas y chinches; sufren más del riesgo de depresión. A eso se suma su acceso reducido a los servicios de salud.⁹⁵

Los demandantes en este caso trabajaron con voluntarios, expertos y organizaciones comunitarias para juntar un expediente de 16 volúmenes con casi 10.000 páginas, que contenía 19 declaraciones juradas, 13 de ellas de expertos (como Miloon Kothari, el ex-Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Vivienda Adecuada). Después de que se mostrara toda la evidencia, el Gobierno federal y la administración de Ontario presentaron una moción para que el caso fuera rechazado de plano, sin audiencia y sin valoración de las pruebas, sobre la base de que la demanda, como se había formulado de acuerdo con el Anuncio de solicitud, no contenía pretensiones exigibles ante los tribunales y no tenía oportunidades razonables de éxito.

Grandes coaliciones internacionales y nacionales que trabajan en temas de derechos humanos, de vivienda y de lucha contra la pobreza intervinieron en el caso, defendiendo la exigibilidad judicial de las pretensiones de la demanda, y destacaron que las reclamaciones de derechos que buscan estrategias de medidas efectivas frente a las violaciones sistémicas de derechos humanos deberían ser bienvenidas y no rechazadas por los tribunales, porque garantizan el acceso a la justicia de los grupos más marginados de la sociedad canadiense.⁹⁶

Por desgracia, los argumentos de los gobiernos fueron aceptados por el Tribunal Superior de Ontario y por dos de los tres jueces del Tribunal de Apelaciones de esta provincia. La mayoría del Tribunal de Apelaciones declaró que las pretensiones no eran exigibles

95 Catherine Crowe, "Affidavit for Tanudjaja vs. Attorney General (Canada)", Ont Sup Ct File CV-10-403688 (2011), párrs. 23-24 (<http://www.acto.ca/assets/files/cases/Afd.%20of%20C%20CROWE,%20Former%20Street%20Nurse%20-%20FINAL.pdf>).

96 Para una lista de los grupos que intervinieron ante el Tribunal de Apelaciones y copias de sus alegatos escritos, véase Social Rights in Canada, "Motion To Dismiss - Charter Challenge to Failures to Address Homelessness and Inadequate Housing in Canada".

judicialmente porque una demanda que afirma en esencia que los gobiernos “no le han dado la prioridad suficiente al problema de las personas sin vivienda y a la vivienda inadecuada”⁹⁷ afecta a demasiados programas y políticas públicas a la vez, que interactúan entre sí, como para ser susceptible de decisión por los tribunales. En lugar de exigirle a los gobiernos que justifiquen el no haber implementado un plan y una estrategia coherentes para coordinar los programas y las políticas que interactúan entre sí y que afectan a las personas sin vivienda, como han recomendado muchos expertos y órganos internacionales de derechos humanos, la mayoría del Tribunal de Apelaciones de Ontario se limitó a negar a las personas sin techo la posibilidad de una audiencia de pruebas. A pesar del firme salvamento de voto de uno de los tres jueces del Tribunal de Apelaciones, el Tribunal Supremo de Canadá negó después la apelación en el caso, con lo que la exigibilidad judicial de las demandas que solicitan remedios estratégicos para las personas sin vivienda en Canadá tendrá que ser determinada por el Tribunal Superior en algún caso futuro que tardará años en prepararse. Los demandantes, mientras tanto, están considerando vías para presentar su reclamación ante los órganos regionales o internacionales, como una comunicación al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Una valoración retrospectiva de la estrategia relativa a los remedios en *Tanudjaja* podría considerar si haber desarrollado el caso en torno a un único beneficio hubiera evitado los prejuicios existentes sobre la exigibilidad judicial. Sin embargo, afirmar una falsa simplicidad frente a las violaciones sistémicas de los derechos sociales tampoco es una garantía de éxito. Los tribunales hubieran invocado probablemente la misma complejidad de las políticas interrelacionadas para sugerir que las intervenciones judiciales en torno a un único beneficio negarían la complejidad del problema de las personas sin vivienda. La mayoría del Tribunal de Apelaciones señaló que:

Todos estamos de acuerdo en que la política de vivienda es enormemente compleja. Está influenciada por asuntos tan diversos como usos del suelo, tasas de interés, procedimientos que regulan las relaciones entre propietarios y arrendatarios o tratamiento fiscal de la vivienda de alquiler, por no decir nada de la participación del sector privado y del Estado en la economía en general. Tampoco puede tratarse la política de vivienda de manera monolítica. Las necesidades de las comunidades aborígenes, de las regiones norteñas y de los centros urbanos son diferentes a lo ancho del país.⁹⁸

97 *Ibid.*, párr. 34.

98 *Tanudjaja vs. Canada* (Attorney General), 2014 ONCA 852, párr. 34.

La cuestión discutida en Tanudjaja no fue, en última instancia, la de cuál era la estrategia de litigio apropiada o la mejor estrategia con respecto a los remedios, sino si las personas sin vivienda tendrán acceso a la justicia en Canadá para proteger sus derechos a la vida y la igualdad. No hay duda de que si el tribunal se hubiera comprometido con la protección de esos derechos, hubiera determinado favorablemente su competencia para examinar las pruebas presentadas por los demandantes y para considerarlas a la luz de los argumentos y de las pruebas que pudieran haber presentado los gobiernos para justificar el no haber introducido las estrategias recomendadas. Los demandantes y los coadyuvantes reconocieron correctamente que la función del tribunal no era diseñar ni implementar la estrategia requerida para ocuparse de una amplia variedad de políticas y programas. En lugar de eso, solicitaron la competencia del Tribunal para considerar las valoraciones de los expertos sobre si una estrategia como esa podría remediar las violaciones de derechos de aquellos que hoy no tienen un techo. La demanda configuraba, en su estructura, el enfoque adoptado en Eldridge y Doucet-Boudreaux con respecto a los remedios. La mayor complejidad de la cuestión sistémica de las personas sin vivienda se corresponde con el número mucho más grande de afectados y con las violaciones mucho más extendidas e indignantes de los derechos; ese elemento debería, sin duda, haber animado a los tribunales a estudiar las pruebas presentadas. El que los tribunales les nieguen a aquellos afectados por estas clases de violaciones sistémicas el acceso a las audiencias, incluso si su derecho a la vida está en juego, pone en peligro la integridad de la democracia constitucional de Canadá. Lo que se discute es si las víctimas de las violaciones más graves de los derechos sociales en Canadá tendrán acceso a remedios y a estrategias de cumplimiento efectivas en los tribunales.

Conclusiones: abordar las fallas estructurales del sistema de reconocimiento de derechos y hacer cumplir las medidas judiciales transformadoras

A la hora de considerar la relevancia de la experiencia canadiense para otros países, es importante reconocer que la clase de fallas del sistema de reconocimiento de derechos que se denuncia en el caso Tanudjaja no está restringida a los países ricos con programas sociales amplios. La investigación de Sen ha mostrado que lo que es más obvio en los países ricos (es decir, que las violaciones de derechos sociales están más relacionadas con el sistema de reconocimiento de derechos que con la

escasez de recursos) se aplica también en el contexto de las economías en desarrollo, solo que con consecuencias más graves. En todos los países, el hambre o la falta de techo ocurre cuando se le priva de acceso a la alimentación o a la vivienda a ciertos grupos porque sus derechos no cuentan como prioridad en el sistema existente de ingresos, propiedad y reconocimiento de otros derechos, sean tierras y derechos de propiedad, leyes de vivienda, planificación urbana, programas sociales, protecciones salariales, seguridad social, programas de ayuda internacional o regulaciones de los particulares. Por tanto, los problemas del hambre y la falta absoluta de vivienda no se solucionan simplemente garantizando que los gobiernos o las organizaciones caritativas proporcionen a los que viven en la pobreza vivienda y alimentos, aunque sin duda eso es necesario a corto plazo. El sistema de reconocimiento de derechos debe transformarse en uno que les dé prioridad a los derechos de aquellos que han sido marginados y cuyos derechos no han sido considerados apropiadamente en el diseño y la implementación de programas, leyes y reglamentos. Es crucial que a partir de estrategias de uso de los tribunales se desarrollen remedios ejecutables que se ocupen de la necesidad de un proyecto transformador de derechos sociales, en lugar de uno que confíe únicamente en remedios judiciales puntuales estructurados como correcciones al reconocimiento de derechos existentes.

Las demandas sobre derechos sociales exigibles ante los tribunales se han concebido en el pasado como reclamaciones de derechos a bienes o servicios sociales que cumplen con ciertos criterios de idoneidad, o como protecciones frente a la privación real de esos bienes o servicios. En algunos casos, como los relativos a discriminación o desalojo de la vivienda, las reclamaciones sobre derechos sociales pueden corresponder exactamente a esa clase de derechos reconocidos y pueden promoverse en el marco de los remedios judiciales y mecanismos de cumplimiento tradicionales. Las reclamaciones basadas en el sistema de derechos reconocidos pueden involucrar remedios positivos, al extender los derechos ya existentes a grupos previamente excluidos, o mediante la solicitud de medidas positivas para cumplir con los requisitos legales o constitucionales, tal y como sean interpretados por los tribunales.

Sin embargo, cada vez más se reconoce que si se quiere que las reclamaciones de derechos sociales se ocupen de los problemas más críticos de la exclusión y la privación, deben también ocuparse de la dimensión estratégica o finalista de la política pública, del diseño y la implementación de los programas, y de los requisitos de la realización progresiva de los derechos recogida en el artículo 2(1) del Pidesc. Las reclamaciones de derechos sociales que abordan esa dimensión no

pueden estructurarse totalmente mediante demandas efectuadas en el marco del sistema de derechos reconocidos existente. Deben intentar implementar estrategias transformadoras para reformular el sistema de reconocimiento de derechos en torno a los derechos sociales, y remediar las fallas generales de ese sistema, que van más allá de una ley o un programa específicos. En lugar de definir la violación y el remedio a partir de la privación injusta o la exclusión discriminatoria en el marco de una ley existente o del sistema de derechos reconocidos, esas reclamaciones buscan las causas estructurales de las violaciones de los derechos sociales y crean un marco de remedios en torno al proyecto transformador de hacer realidad los derechos sociales.

Existe una clara tensión entre las reclamaciones correctivas o basadas en el sistema de derechos reconocidos, como las de los casos Sparks o Vriend, que extienden las protecciones legislativas existentes a los grupos excluidos, y los casos como Eldridge, Doucet-Boudreau y, sobre todo, Tanudjaja, en los que el cumplimiento de las sentencias puede requerir nuevas iniciativas legislativas y la creación de nuevas instituciones y programas mediante la intervención significativa de los interesados o los reclamantes de derechos.

La dimensión transformadora de los remedios y el cumplimiento de los derechos sociales es más obvia en reclamaciones como las que se presentaron en Tanudjaja. Las reclamaciones de derechos sociales que identifican exclusiones específicas y buscan remedios inmediatos pueden tener también efectos transformadores a más largo plazo; no obstante, en el marco legislativo existente estas se basan en las interpretaciones del derecho y de lo que constituye un ejercicio razonable de la autoridad conferida para tomar decisiones, y ambas cosas están ligadas a la realización de los derechos sociales. Las demandas basadas en la reclamación de un único derecho, como las de Sparks o Vriend, pueden a veces ofrecer el enfoque más estratégico para combatir la desvalorización de los derechos de ciertos grupos. En otros casos, como Eldridge o Insite, interpretar y aplicar las leyes de una forma que sea congruente con los derechos sociales puede ser la vía más efectiva de promover los valores de dichos derechos y ocuparse de problemas sistémicos más generales. Es importante reconocer la dimensión transformadora de la función interpretativa de los tribunales y reclamarla, puesto que darles significado a los derechos en un contexto legislativo específico es un elemento crítico de las estrategias transformadoras de derechos, ya se basen en reclamaciones jurídicas o en tácticas más amplias de movilización social, educación del público y activismo político.

El éxito de las demandas judiciales por la igualdad de derechos en cuestiones como el matrimonio entre personas del mismo sexo en

Canadá es un buen ejemplo del potencial transformador de las reclamaciones basadas en el reconocimiento de derechos. Las demandas presentadas por la comunidad LGBT en Canadá fueron en gran medida denuncias a las exclusiones de los derechos o protecciones legales existentes. No obstante, esas reclamaciones han demostrado tener un efecto transformador inmenso. La inclusión de la orientación sexual en la legislación de derechos humanos, y la inclusión de las parejas del mismo sexo en el sistema de beneficios, limitado antes a las parejas heterosexuales, además de proporcionar los beneficios y la protección negados en el pasado, han ayudado a redefinir los conceptos discriminatorios de familia, relaciones de pareja estables y matrimonio. Denunciar las exclusiones discriminatorias en el marco existente de derechos reconocidos, cuando se relacionan exitosamente con los patrones sistémicos de marginación y discriminación, produce una revaluación de los derechos de aquellos a quienes se los habían negado previamente.⁹⁹

La jurisprudencia canadiense sobre igualdad ha hecho importantes contribuciones a la comprensión de la dialéctica entre las reclamaciones basadas en derechos ya reconocidos y los fines transformadores de las demandas sobre derechos sociales. La rica historia de Canadá con respecto a la igualdad sustantiva, en comparación con otros países, a partir de la jurisprudencia en el marco de la legislación federal y provincial de derechos humanos durante las décadas de los setenta y ochenta, se plasmó en compromisos excepcionales de conformidad con la sección 15 de la Carta (Porter, 2006). Los tribunales canadienses tuvieron una intervención innovadora al ligar el derecho a la no discriminación con obligaciones positivas que fueran capaces de ocuparse de los obstáculos estructurales a la igualdad. Uno de los primeros ejemplos fue el caso *Action Travail des Femmes*, en el que una organización de mujeres presentó denuncias contra la empresa canadiense de ferrocarriles, la Canadian National Railway, por discriminación sexual sistemática. En ese caso, el remedio otorgado por el tribunal de derechos humanos y ratificado por el Tribunal Supremo de Canadá incluyó un programa de oportunidades laborales que remediara la subrepresentación de las mujeres y otros efectos continuados de la discriminación sistemática en la industria.¹⁰⁰ Canadá fue también la primera democracia constitucional que incluyó la discapacidad como una justificación constitucionalmente prohibida de la discriminación, y reconoció que la no discriminación implica obligaciones positivas de ajustarse

99 Para un resumen de estos desarrollos, véase Smith (2005).

100 *CN vs. Canada* (Canadian Human Rights Commission), [1987] 1 SCR 1114.

razonablemente a las necesidades únicas de las personas con discapacidad. Ese legado sigue siendo un importante punto de referencia para la idea de igualdad sustantiva. Aunque los tribunales canadienses a veces no han querido aplicar el enfoque sustantivo sobre igualdad que está en el centro de las expectativas históricas de la Carta canadiense (Porter, 2006; Jackman, 2010), la conclusión del Tribunal en *Eldrige* de que la autoridad conferida para tomar decisiones debe ejercerse de tal forma que los gobiernos cumplan sus obligaciones positivas de garantizar la igualdad sigue siendo aplicable y proporciona cimientos firmes para las reclamaciones de igualdad transformadoras basadas en la Carta y que recurren al derecho administrativo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sugiere, como se ha descrito, convergencia e interdependencia entre diferentes enfoques de razonabilidad, incluidos el de la proporcionalidad y la revisión de los límites razonables conforme a la Carta, la revisión de la razonabilidad del derecho administrativo, y el requisito de la acogida razonable de las necesidades de grupos protegidos contra la discriminación, como las personas con discapacidades, entre otras.¹⁰¹ El Tribunal ha adoptado un estándar riguroso de revisión de la razonabilidad en todos esos contextos, que puede aplicarse de manera compatible con los compromisos de Canadá en relación con los derechos humanos internacionales y con el estándar internacional incipiente recogido en el Protocolo Facultativo del PIDESC (Porter, 2009; Griffey, 2011). Es ese derecho a decisiones y políticas razonables, informado por los valores internacionales de los derechos humanos, el que aún potencialmente las reclamaciones individuales de derechos reconocidos y las reclamaciones transformadoras, más estructurales, mostrando así una estrategia que va más allá del cumplimiento de decisiones judiciales específicas y se mueve hacia otra de transformación social basada en los valores de los derechos humanos. El derecho a decisiones y políticas razonables requiere razonabilidad en la aplicación de los derechos reconocidos legalmente, pero también, más en general, el diseño y la implementación de estrategias razonables para hacer efectivos los derechos sociales.

Muchos demandantes no están en posición de prescindir de los remedios individuales, como lo hicieron los demandantes del caso *Tanudjaja*. En este, los demandantes renunciaron de forma intencional a toda reclamación individual y buscaron solo una medida sistémica mediante una estrategia de derechos que pusiera fin al problema de las personas sin hogar e implementara el derecho a una vivienda

101 Para un estudio de estas convergencias antes de la decisión del Tribunal Supremo en *Doré*, véase *Gratton y Sossin* (2010).

adecuada. En otras situaciones es preferible pedirle al Tribunal que conceda remedios individuales inmediatos. El uso estratégico de los tribunales que busca encontrar soluciones sistémicas debería complementarse con una enorme variedad de reclamaciones individuales de beneficios específicos, de resistencia a los desalojos o contra las políticas discriminatorias que son cruciales para el activismo en pro del derecho a la vivienda en Canadá y otros lugares, más que desplazar esa clase de reclamaciones. Hay espacio de sobra para ambas.

Los sistemas de gobernanza modernos, en los que muchos servicios y programas son contratados por el Estado y en los que abundan formas complejas de asociaciones público-privadas, exigen enfoques innovadores a los remedios y al cumplimiento de los derechos sociales. Las nuevas estrategias relativas a los remedios deben reflejar la multiplicidad de sujetos y la diversidad de contextos legislativos, judiciales y de política pública en los que hay que presentar las reclamaciones de derechos sociales. La regulación pública de los agentes privados, ya sea mediante sus obligaciones contractuales o la supervisión judicial, en especial cuando se les han delegado responsabilidades públicas del Estado con respecto a los derechos sociales, como en el caso Eldridge, debe significar mucho más que abstenerse de causar daños. Los agentes privados que asumen obligaciones públicas deben tener también obligaciones positivas con respecto a la realización de los derechos sociales, como participar en las estrategias para hacer efectivos dichos derechos con el paso del tiempo. El enfoque moderno con respecto a los remedios y el cumplimiento de los derechos sociales debe ocuparse, por tanto, de las áreas de la política pública, el desarrollo de programas y la planificación que a menudo no han sido objeto de escrutinio sobre derechos humanos en el pasado debido a los retos de hacer cumplir los remedios en ese contexto.

Reconocer que hay múltiples sujetos que son titulares de deberes no reduce la responsabilidad del Estado por las violaciones de los derechos sociales. Aunque los particulares pueden ser responsables directos de las violaciones, los patrones de exclusión y desventaja sistémicos son mantenidos y reforzados por las fallas del Estado a la hora de prevenirlos y remediarlos mediante los medios legislativos (y de otras clases) apropiados. Como señaló adecuadamente el Tribunal Supremo de Canadá en Vriend: "Incluso si la discriminación se sufre a manos de particulares, es el Estado el que niega la protección frente a la discriminación".¹⁰² Gozar de protección frente a la discriminación de los particulares les impone a estos deberes positivos y negativos, como

102 Vriend, párr. 103; véase, en general, Jackman (1998) y Porter (1999).

la obligación de atender las necesidades de los grupos desfavorecidos o de ocuparse de la desigualdad sistémica. En ese mismo sentido, el deber del Estado de hacer efectivos los derechos sociales mediante medidas razonables, conmensurables con el máximo de recursos disponibles, tiene que recaer también sobre los particulares a los que se les delega la autoridad pública, como en *Eldridge*, cuando se obligó a los hospitales privados a cumplir con los estándares de razonabilidad de la Carta. Los intrincados vínculos entre la política estatal y las exclusiones y desigualdades creadas por el mercado privado les exigen a los demandantes un enfoque más estratégico, de principios, con respecto al desarrollo, la regulación y la legislación de las políticas públicas basadas en los derechos. Los remedios efectivos deben ocuparse de los procesos democráticos, institucionales y administrativos de los distintos niveles de gobierno y de las decisiones públicas delegadas a terceros para reivindicar los derechos en el contexto de las nuevas formas de gobernanza. Debe estructurarse un nuevo diálogo entre gobiernos, interesados, instituciones de derechos humanos, encargados de las decisiones administrativas, tribunales y jueces en torno a la realización de los derechos y los intereses en juego para los titulares de derechos, del cual debería surgir una nueva comprensión de los deberes.

La función ampliada de los órganos administrativos con respecto a decisiones determinantes de los derechos significa que un estándar más “sólido” de razonabilidad, expresado en forma parecida al del Tribunal Supremo de Canadá, como el elaborado por la Corte Constitucional de Sudáfrica y los órganos internacionales de derechos humanos, puede ayudar a iniciar nuevos diálogos y servir de guía para los resultados. La razonabilidad se ha convertido en un marco importante para controlar la responsabilidad de los encargados de tomar decisiones administrativas y para el cumplimiento de los valores y las normas de derechos humanos más allá de los tribunales, entre aquellos encargados de tomar decisiones. Defender y hacer cumplir decisiones razonables, respetuosas de los derechos, en una amplia variedad de entornos es muy exigente para las organizaciones activistas y los grupos de reclamantes, que cuentan con fondos escasos. Sin embargo, los beneficios potenciales de esos nuevos enfoques, con su rango amplio de aplicación, no deben descartarse. Las reclamaciones de derechos sociales tienen que ocuparse invariablemente de cuestiones que versan sobre qué es lo razonable en un contexto determinado. No es útil para los fines a largo plazo del activismo de los derechos sociales intentar evitar los elementos “blandos” ligados a las decisiones en función del contexto, en aras de buscar remedios duros y rápidos en todos los casos.

La reticencia judicial a abordar las fallas sistémicas generales, en lugar de las privaciones o exclusiones puntuales, sigue siendo un gran obstáculo a las demandas judiciales efectivas sobre derechos sociales en Canadá. El Tribunal Supremo ha insistido en no decidir el problema de si hay una obligación de aprobar programas y beneficios *ab initio* con el fin de garantizar los derechos sociales.¹⁰³ No obstante, al mismo tiempo el Tribunal Supremo reconoció que la Carta canadiense se aplica tanto a los incumplimientos de los gobiernos, es decir a sus omisiones, como a sus acciones.¹⁰⁴ En última instancia, no hay ninguna justificación, en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que los gobiernos se excusen en que no tienen obligaciones constitucionales para no promover medidas legislativas y políticas que garanticen los derechos. Esa posición es contraria a las obligaciones internacionales de derechos humanos de Canadá, según las cuales deben adoptarse las medidas legislativas necesarias para implementar los derechos humanos, y es también contraria en su esencia a la afirmación del Tribunal de que los remedios deben ser efectivos y pertinentes. Los enfoques a los remedios y al cumplimiento de los derechos deben ajustarse al reconocimiento incipiente de que la Carta canadiense impone obligaciones tanto positivas como negativas.

La reticencia del Tribunal Supremo a reconocer obligaciones positivas conforme a la Carta ha significado que en ciertas ocasiones los tribunales no hayan protegido adecuadamente los objetivos más amplios de esta y de los derechos humanos en el diseño y el cumplimiento de los remedios. Uno de los primeros ejemplos de este fracaso fue una decisión del Tribunal de Apelaciones de Nueva Escocia en uno de los primeros casos sobre asistencia social basados en la Carta. Tras determinar que la menor asistencia social a los padres solteros respecto de las madres solteras era discriminatoria, el Tribunal eligió remediar la discriminación reduciendo los beneficios para las madres al nivel de los padres, es decir, "igualando por lo bajo" y estableciendo niveles idénticos de asistencia gravemente inadecuados.¹⁰⁵ El Tribunal Supremo de Canadá criticó correctamente ese enfoque remedial como "igualdad revestida de venganza" (Schachter). En Vriend, aunque la mayoría del Tribunal ordenó que se interpretara que la legislación provincial de derechos humanos incluía "la orientación sexual", no llegó a declarar como obligación positiva hacer efectiva la legislación de derechos

103 Esa fue la posición oficial del Tribunal en Eldridge, Vriend y NAPE.

104 Vriend, párr. 60.

105 Attorney-General of Nova Scotia vs. Phillips (1986), 34 DLR (4th) 633 (NSCA).

humanos, ya que lo consideró innecesario en ese caso. El magistrado Major, en su salvamento de voto, estuvo en desacuerdo con respecto al remedio, que pensó que debía ser declaratorio con el fin de que el órgano legislativo escogiera “una ley de derechos humanos que incluyera la orientación sexual como razón prohibida de discriminación”.¹⁰⁶ El salvamento de voto le dio fuerza a los grupos de derecha en Alberta para “hacer cumplir” la decisión del Tribunal Supremo pidiendo, en venganza, que se derogara la legislación de derechos humanos de ese momento.¹⁰⁷ Es evidente que un enfoque más coherente y congruente con el problema de las obligaciones sustantivas y los remedios se basa en el reconocimiento de las obligaciones positivas de aprobar la legislación y los programas necesarios, con un diseño y una elección de remedio más allá de los límites de derechos específicos legalmente reconocidos, para llevar la legislación hacia el fin de la realización sustantiva de los derechos.

La timidez judicial con respecto a los derechos positivos en Canadá se basa a menudo en una atención errónea a la relación entre tribunales y órganos legislativos que deja por fuera de juego los derechos de los demandantes y los intereses en cuestión. La expansión del “diálogo” entre tribunales y órganos legislativos, para enriquecerlo con procesos democráticos que aseguren que se escucha a los demandantes de derechos, por tanto, vital para el cumplimiento efectivo de las demandas sistémicas en el país. La división rígida entre el proceso de audiencias judiciales, en las que se escuchan las voces de los demandantes, y el proceso de determinación de las medidas, del cual se excluyen muy a menudo, está condenada al fracaso.

La participación efectiva de los titulares de los derechos debe incorporarse a los estándares de razonabilidad aplicables a las decisiones de la administración, y los tribunales deben estructurar las órdenes de cumplimiento dando participación a todos los agentes relevantes en un proceso de responsabilidad continuo y fundamentado en los derechos sustanciales. Las violaciones de los derechos sociales son, en general, el resultado de fallas del control democrático de la responsabilidad de las autoridades y de la poca inclusión social; por tanto, las medidas dirigidas a solucionar las violaciones de derechos sociales deben ser ejecutadas de tal manera que creen nuevas formas de participación y responsabilidad democráticas, que empoderen a las comunidades marginadas para que intervengan de forma significativa en los procesos de toma de decisiones. La lucha por una voz significativa y el

106 Vriend, párr. 196 (el magistrado Major hizo una aclaración de voto).

107 Véase, por ejemplo, Byfield (1995).

empoderamiento democrático mediante medidas judiciales efectivas es compartida por los activistas y reclamantes de derechos en Canadá con aliados de otros lugares, y cabe esperar que se beneficie de los progresos logrados en las Naciones Unidas y en otros sistemas nacionales y regionales en cuanto al diseño de remedios más participativos y efectivos contra las violaciones de derechos sociales. En todos esos ámbitos, los activistas y los reclamantes de derechos a veces deben ser tercos frente a la resistencia e insistir en que las ideas dominantes de justicia y de cumplimiento de los remedios se adapten a las exigencias de aquellos a quienes se les han negado, desde hace demasiado tiempo, la justicia y los remedios efectivos.

Referencias

Abbott, K. W. y Snidal, D. (2000). Hard and soft law in international governance. *International Organization*, 54 (3), 421-456.

Acker, A. (s.f.). Declaración vía correo electrónico. En archivo del autor.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Acnudh) (2012). Olivier de Schutter, Special Rapporteur on the right to food: Visit to Canada from 6 to 16 May 2012: End-of-mission statement. Recuperado de <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12159&LangID=E>.

Arbour, L. (2005). *Freedom from Want — From Charity to Entitlement*. Quebec City: LaFontaine-Baldwin Lecture.

Baker, J. (2006). Pay equity cash “addresses a wrong”. *The Telegram* (St. John’s). Recuperado de http://nlpayequity.cupe.ca/nlpayequity/Article_from_the_St_

Byfield, L. (1995). The Supreme Court has left Alberta no choice but to repeal its human rights act. *Alberta Report*, 22 (26), 2-3.

CBC News (2012). Vancouver’s ban on homeless street sleeping challenged. Recuperado de <http://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/story/2012/11/21/bc-homeless-lawsuit.html>.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2009). Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context, Miloon Kothari - Addendum - Mission to Canada (9 a 22 de octubre de 2007) (Tenth session, 2009), A/HRC/10/7/Add.3.

Chayes, A. y Chayes, A. (1995). *The New Sovereignty — Compliance with International Regulatory Agreements*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

General Manager of Engineering Services (2011). *Structures for Public Expression on City Streets*. Vancouver: Standing

- Committee on Planning and Environment. Recuperado de <http://former.vancouver.ca/ctyclerk/cclerk//20110407/documents/penv1StructuresforPublicExpressiononCityStreets.pdf>
- Government of Canada (2013). OP – 10 Permanent residency status determination. Recuperado de <http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/op10-eng.pdf>
- Gratton, S. L. y Sossin, L. (2010). In search of coherence: The charter and administrative law under the McLachlin Court. En Dodek, A. y Wright, D. (eds.). *The McLachlin Court's First Ten Years: Reflections of the Past and Projections of the Future*. Toronto: Irwin Law Inc.
- Greater Victoria Coalition to end Homelessness (2014). Housing ends homelessness. Recuperado de <http://victoriahomelessness.ca/get-informed/housing/>
- Greene, S. H. (2010). *Letter from Shiela H. Greene, Counsel for Appellants in Newfoundland (Treasury Board) vs. NAPE*, [2004] 3 SCR 381 (29 de marzo de 2010).
- Griffey, Brian (2011). The 'Reasonableness' Test: Assessing violations of state obligations under the optional protocol to the international covenant on economic, social and cultural rights. *HRL*, 11 (2), 275-327.
- Harris, M. (2011). Following insite ruling, safe-injection sites planned for Montreal and Quebec City. *This Magazine*. Recuperado de <http://this.org/blog/2011/11/28/insite-safe-injection-montreal-quebec/>
- Jackman, M. (1998). Giving real effect to equality: Eldridge vs. British Columbia (A.G.) and Vriend vs. Alberta. *Rev Const Stud*, 4 (2), 352-371.
- Jackman, M. (2010). Constitutional castaways: Poverty and the McLachlin Court. En Rodgers, S. y McIntyre, S. (eds.). *The Supreme Court of Canada and Social Justice: Commitment, Retrenchment or Retreat*. Markham, Ontario: LexisNexis Canada.
- Liew, J. (2012). Finding common ground: Charter remedies and challenges for marginalized persons in public spaces. *C. J. Poverty Law*, 1 (1).
- Mellon, H. (2006). Charter rights and public policy choices: The Supreme Court and Public Finance. *Forum Constitutionnel*, 15 (3), 135-146.
- National Council on Welfare (1992). *Poverty Profile 1980-1990*. Ottawa.
- Norris, D. (2003). *The Fiscal Position of Newfoundland and Labrador*. Canada: Royal Commission on Renewing and Strengthening our place in Canada. Recuperado de <http://www.gov.nl.ca/publicat/royalcomm/research/Norris.pdf>
- Pivot Legal Society (s. f.). *City by-laws must respect homeless rights*. Recuperado de <http://www.pivotlegal.org/pivot-points/blog/city-by-laws-must-respect-homeless-rights>.

Porter, B. (1999). Beyond Andrews: Substantive equality and positive obligations after Eldridge and Vriend. *Const Forum Const*, 9 (3), 71-82. Recuperado de <http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/userfiles/9-3porter.pdf>

Porter, B. (2006). Expectations of Equality. *Supreme Court Law Review*, 33 (23), 23-44.

Porter, B. (2009). The Reasonableness of Article 8(4) — Adjudicating Claims from The Margins. *Nordic Journal of Human Rights*, 27 (1), 39-53.

Porter, B. (2014a). Inclusive interpretations: Social and economic rights and the Canadian Charter. En Alviar, H., Klare, K. y Williams, L. (eds.). *Social and Economic Rights in Theory and Practice: A Critical Assessment* (pp. 215-234). London and New York: Routledge.

Porter, B. (2014b). International rights in anti-poverty and housing strategies: Making the connection. En Jackman, M. y Porter, B. (eds.). *Advancing Social Rights in Canada* (pp. 33-64). Toronto: Irwin Law.

Porter, B. (próxima publicación). Reasonableness in the optional protocol to the ICESCR. En Brown, R., Langford, M., Porter, B. y Rossi, J. (eds.). *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*. Capetown: Pretoria University Law Press.

Porter, B. y Jackman, M. (2008). Canada: Socio-Economic rights under the Canadian Charter. En Langford, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 209-229). New York: Cambridge University Press.

Porter, B. y Jackman, M. (2014). Strategies to address homelessness and poverty in Canada: The Charter framework. En Jackman, M. y Porter, B. (eds.). *Advancing Social Rights in Canada* (pp. 99-100). Toronto: Irwin Law.

Quinot, G. y Liebenberg, S. (2011). Narrowing the band: Reasonableness review in administrative justice and socio-economic rights jurisprudence in South Africa. *Stellenbosch Law Review*, 22 (3), 639-663.

Reynolds, N. (2009). What Newfoundland can teach us. Globe and mail. Recuperado de <http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/what-newfoundland-can-teach-us/article793205>

Roach, K. (2002). Remedial consensus and dialogue under the Charter: General declarations and delayed declarations of invalidity. *University of British Columbia Law Review*, 35 (2), 211-70.

Roach, K. (2013). *Constitutional Remedies in Canada*. Toronto: Canada Law Book.

Roach, K. y Budlender, G. (2005). Mandatory relief and supervisory jurisdiction: When is it appropriate, just and equitable. *South African Law Journal*, 122 (2), 325-351.

- Sabel, C. F. y Simon, W. H. (2004). Destabilization rights: How public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, 117 (4), 1015-1101.
- Sen, A. (1988). Property and hunger. *Economics and Philosophy*, 4 (1), 57-68.
- Smith, M. (2005). Social movements and judicial empowerment: Courts, public policy and lesbian and gay organizing in Canada. *Politics & Society*, 33 (2), 327-353.
- Social Rights in Canada (2010). Charter challenge to homelessness and violations of the right to adequate housing in Canada. Recuperado de <http://socialrightscura.ca/eng/legal-strategies-charter-challenge-homlessness.html>.
- Social Rights Ontario (s.f.). Social rights in Ontario: Adequate food, housing and other requirements of dignity. Recuperado de www.socialrightsontario.ca
- Sossin, L. y Hill, A. (2014). Social rights and administrative justice. En Jackman, M. y Porter, B. (eds.). *Advancing Social Rights in Canada*. Toronto: Irwin Law Inc.
- Voices-Voix (2013). Canada: Voices-Voix submission to the UN universal periodic review (22 April - 3 May 2013). En *16th Session of the UPR Working Group of the Human Rights Council*. Recuperado de http://voices-voix.ca/sites/voices-voix.ca/files/upr_submission_voices-voix.pdf.
- Zwack, A. L. (2010). Abogada de los demandantes en *Eldridge vs. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 SCR 624 [entrevistada por Azin Samani], 15 de marzo.

8. Estados Unidos: derecho a la educación y los parámetros de lo posible

*Amanda Shanor y
Cathy Albisa*

Introducción

A pesar de una compleja historia política con respecto a los derechos económicos y sociales en Estados Unidos, y a la falta de protección jurídica formal en general, el derecho a la educación está arraigado con firmeza en las constituciones de cada estado en todo el país. Esa excepción al excepcionalismo estadounidense es producto del movimiento de las escuelas públicas de mediados del siglo XIX, alimentado además por los logros del movimiento de los derechos civiles a mediados del siglo XX. Estos dos movimientos, en conjunto, han garantizado, al menos *de jure*, un acceso universal a la educación para los niños en Estados Unidos, desde el jardín de infancia hasta el grado duodécimo. Ese logro está en discusión debido a la crisis de deserción escolar en ese país, puesto que los niños dejan la escuela antes de graduarse de bachillerato debido a colegios mal financiados y entornos escolares abusivos.¹ Hoy el acceso universal a una educación de calidad es también un problema debido a las grandes desigualdades de recursos y de gestión en las escuelas del país.

Esos dos retos no están desconectados entre sí. En Estados Unidos la educación está muy descentralizada, incluida la financiación de las escuelas, que la mayoría de las veces depende de los impuestos prediales de los municipios del país. En consecuencia, los vecindarios más pobres tienen una base fiscal más limitada y eso se traduce en menores recursos para sus escuelas. Las escuelas que reciben menos recursos son las que tienen un mayor exceso de estudiantes y tienden a tener profesores con menos experiencia. Estas circunstancias escapan a menudo al control de los estudiantes, los padres, los profesores o los administradores. En número desproporcionado con respecto a las otras, esas escuelas engendran los entornos más brutales, como políticas disciplinarias duras, presencia policial en las instalaciones y otras

1 Véase <http://www.dignityinschools.org>

formas de criminalización de los recintos escolares. Además, cuando se asignan más recursos a las escuelas de las comunidades más pobres, estos suelen usarse para fines de disciplina y seguridad, en lugar de para fines educativos. Es importante señalar que aunque este capítulo no analiza la cuestión en profundidad, muchas de esas dinámicas están muy marcadas por la raza y son el resultado, unido a otros factores, de una larga historia de discriminación racial en Estados Unidos.

Este capítulo estudia un conjunto de intervenciones jurídicas dirigidas a enfrentar las disparidades educativas: demandas contra los sistemas de financiación escolar en el nivel estatal basados en las constituciones propias de cada estado (Estados Unidos es un sistema federal constituido por cincuenta estados). En las últimas décadas ha habido docenas de denuncias contra los sistemas de financiación escolar basadas en consideraciones de equidad y adecuación, con resultados jurídicos tan variados como los efectos de esas decisiones en la realidad. Este capítulo estudiará las condiciones sociales y de participación cívica que influyen en el cumplimiento de las decisiones sobre equidad en la educación, más allá de la demanda legal misma. A partir de unos pocos estudios de caso, el capítulo plantea más preguntas que respuestas. No obstante, esta visión breve de la variedad de efectos de las decisiones judiciales deja claro que los tribunales no actúan en un vacío político, y que el nivel de actividad de la sociedad civil, en particular de los movimientos sociales, y su compromiso antes, durante y después de una decisión judicial tiene una repercusión importante, cuando no determinante, en la efectividad de la decisión judicial.

La sección 1 de este capítulo se ocupará del marco de derechos económicos y sociales en Estados Unidos. La sección 2 comentará la historia social, jurídica y política específica del derecho a la educación, en especial con respecto a dos destacados movimientos sociales nacionales: las escuelas públicas y el movimiento de derechos civiles. La sección 3 presentará cuatro estudios de caso que revelan diferencias entre los resultados derivados del cumplimiento y la actividad de la sociedad civil en cuatro Estados: Texas, Nueva York, Kentucky y Nueva Jersey; en conjunto, esos estudios de caso muestran que una actividad vigorosa de los movimientos podría ser necesaria, aunque no siempre suficiente, para hacer realidad el derecho a la educación. La sección 4 plantea preguntas con respecto a los factores relevantes para valorar el papel de los movimientos sociales en el desarrollo de las normas jurídicas y su implementación, y estudia “los parámetros de lo posible”, es decir, los factores sociales, políticos, institucionales y otros que facilitan o restringen el cumplimiento exitoso de una sentencia judicial con respecto a derechos básicos en un determinado momento histórico.

Creemos que los movimientos sociales y ciertas acciones que emprenden son parte de los parámetros de lo posible y los influyen profundamente. Además, deben existir condiciones sociales favorables con el fin de que los movimientos tengan repercusión en las instituciones y las estructuras de la sociedad.

El marco jurídico estadounidense para los derechos económicos y sociales

Estados Unidos tiene un sistema jurídico federal con una constitución nacional y constituciones estatales para cada uno de los cincuenta estados que constituyen la unión. A pesar de su abundancia de constituciones, el país carece en general de un marco constitucional para los derechos económicos y sociales. Si bien la Constitución federal prohíbe diversas formas de discriminación, no contiene garantías económicas y sociales mínimas, ni siquiera con respecto a los derechos de mínimos vitales.² Se trata de un marco constitucional basado en los derechos negativos que, por lo general, falla a la hora de reconocer obligaciones positivas al Estado para promover o proteger los derechos.³ Aunque muchas constituciones estatales contienen un lenguaje que protege directamente los derechos sociales y económicos, o que cabe interpretar que así lo hace, con unas pocas excepciones los tribunales estadounidenses rara vez han hecho cumplir con fuerza esos derechos, dejándolos a la autoridad legislativa y a la negociación privada. Sin embargo, como señala King (2014), es irónico que cuando los tribunales de Estados Unidos intervienen en el ámbito de los derechos económicos y sociales lo hagan de una forma inusualmente intervencionista y expansiva.

Hay un abundante número de obras académicas que se ocupa de la falta de derechos positivos en la Constitución de Estados Unidos, gran parte de la cual apunta a sus orígenes en el siglo XVIII y a las preocupaciones de sus redactores por la tiranía del Gobierno.⁴ No obstante, también ha habido esfuerzos para que se reconozcan los derechos eco-

2 *Deshaney vs. Winnebago County Dept. of Social Services*, 489 U.S. 189, 196 (1989) (que declara que la “cláusula del debido proceso no confiere en general un derecho afirmativo a recibir asistencia gubernamental, incluso cuando esa asistencia sea necesaria para garantizar la vida”).

3 La única excepción es la obligación de abolir la esclavitud, reconocida en la 13ª Enmienda a la Constitución de Estados Unidos.

4 El juez y académico Richard Posner, por ejemplo, escribió una frase hoy famosa: “Los hombres que redactaron la Carta de Derechos no estaban preocupados porque el Gobierno federal fuera a hacer muy poco por la gente, sino porque hiciera demasiado por ellos”. *Jackson vs. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir.), *cert. denied*, 465 U.S. 1049 (1983).

nómicos y sociales como un asunto constitucional federal. Además, se han hecho importantes intentos por encontrar otras formas de incorporar esos derechos al marco legislativo estadounidense. En su discurso sobre el estado de la nación en 1944, el presidente Roosevelt defendió un programa legislativo que denominó la “Segunda Declaración de Derechos” (Roosevelt, 1944; véase también Sunstein, 2004; Sunstein y Barnett, 2004).⁵ Roosevelt (1944) instó a que:

...si, como nos dice nuestra Constitución, nuestro Gobierno Federal fue establecido entre otras cosas para “promover el bienestar general”, es nuestro claro deber proporcionar esa seguridad de la que depende el Estado de bienestar [...]. Estos tres objetivos —la seguridad de la patria, la seguridad de nuestra forma de vida y la seguridad del seguro social— en mi opinión serían lo mínimo que podemos prometerle al pueblo americano. Constituyen un derecho que pertenece a cada individuo y a cada familia dispuesta a trabajar.

La segunda declaración de derechos propuesta por Roosevelt englobaba muchos de los derechos económicos y sociales incluidos después en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).⁶

Un número notable de obras académicas estadounidenses discute el grado en el cual, a pesar del fracaso de Roosevelt y otros reformadores de la época por incorporar formalmente derechos sociales o económicos a la Constitución estadounidense, el *New Deal* alteró de forma fundamental el orden constitucional estadounidense en torno a ciertos principios sociales y económicos. Bruce Ackerman ha argumentado que el *New Deal* constituyó un “momento constitucional” durante el cual “un movimiento amplio de opinión transformadora consiguió la autoridad para establecer aspectos importantes del programa político” (1998, p. 409). Él y otros han sugerido en ese sentido que ciertas leyes marco, como las de derechos civiles, han establecido derechos económicos y sociales cuasi constitucionales, más allá de los tribunales, y argumentan que “la ley hito supera la enmienda clásica como forma de creación legislativa superior y más apropiada para la América moderna” (Ackerman y Nou, 2009).⁷ Otros han argumentado que si bien

5 La Segunda Carta de Derechos de Franklin Delano Roosevelt incluía el derecho a un salario vital, servicios médicos, educación y seguridad social, entre otros.

6 Declaración Universal de los Derechos del Hombre, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810, p. 71 (1948).

7 Ciertas leyes “penetran con éxito en la cultura institucional y normativa públicas de una manera profunda. Esas son las que llamamos *superleyes*” (Es-kridge y Ferejohn, 2001).

la era del *New Deal* fomentó una jurisprudencia que confería autoridad constitucional al Congreso para regular cuestiones económicas y sociales, también quedó “establecido que la Constitución no dice nada desde el punto de vista sustantivo sobre regulación y redistribución económicas, y las deja al libre juego del proceso político” (Forbath, 2009, p. 57).

Con independencia de si consideramos o no la legislación social importante de Estados Unidos, por ejemplo los servicios de salud para los pobres o el sistema de vivienda subsidiada, como parte de esas “superleyes”, hay algo claro: no hay una conciencia o un compromiso en materia de derechos sociales que haya permeado el sistema judicial estadounidense. Ni siquiera hay un conjunto mínimo de derechos a la asistencia social que los tribunales o el público entiendan como definidos u ordenados por la Constitución. Eso ha quedado bien claro en los recientes debates sobre reforma al sistema de salud pública (Darling, 2009), o en el conflicto actual entre los tribunales federales de circuito que están decidiendo las demandas de constitucionalidad contra la ley de salud. La principal cuestión (planteada por 26 estados) en todas esas demandas ha sido la competencia del Congreso para aprobar las reformas, teniendo en cuenta que el sistema federal estadounidense solo autoriza al Congreso a actuar en las áreas definidas explícitamente por la Constitución. Por consiguiente, con respecto a esas reformas, el único papel de los tribunales es determinar si la llamada “cláusula de comercio” de la Constitución estadounidense, que permite al Congreso intervenir cuando se vea afectado el comercio interestatal, es un fundamento apropiado.⁸ Así, desde una perspectiva constitucional, el asunto queda reducido a una cuestión sobre la autoridad del Congreso para regular el comercio y no remite a un debate sobre los derechos individuales.

Es de anotar que muchos de los derechos contenidos en la Segunda Declaración de Derechos de Roosevelt fueron originalmente reclamados por el movimiento afroamericano por la libertad, una corriente del cual recibiría después el nombre de Movimiento en pro de los derechos civiles (Anderson, 2003). Muchos líderes reputados del movimiento apoyaron una estrategia de derechos humanos que incluyera un grupo completo de derechos económicos y sociales. Pero la combinación de un racismo arraigado y virulento, con la histeria de la

8 *New Jersey Physicians, Inc. vs. President of the United States*, 653 F.3d 234 (3d Cir. 2011); *Virginia vs. Sebelius*, 656 F.3d 253 (4th Cir. 2011); *Liberty University, Inc. vs. Geithener*, —F.3d—, 2011 WL 3962915 (4th Cir. 2011); *Thomas More Law Center vs. Obama*, 651 F.3d 529 (6th Cir. 2011); *Baldwin vs. Sebelius*, 654 F.3d 877 (9th Cir. 2011); *Florida vs. U.S. Dept. of Health and Human Serv.*, 648 F.3d 1235 (11th Cir. 2011); *Seven-Sky vs. Holder*, 661 F.3d 1 (D.C. Cir. 2011).

Guerra Fría sobre la cuestión del socialismo, ocasionó una reacción tan profunda que el movimiento acabó por restringir sus fines a la esfera civil y política (Anderson, 2003). Al mismo tiempo, las fuerzas políticas que respaldaron esas divisiones raciales y las preocupaciones sobre la soberanía estadounidense (Henkin, 1995) llevaron a Estados Unidos a adoptar formalmente la posición, defendida por Eleanor Roosevelt, de que “el Gobierno de Estados Unidos no considera que los derechos económicos, sociales y culturales impliquen una obligación para los estados de garantizar el goce de esos derechos mediante una acción pública directa” (Whelan, 2005).

A pesar de alguna jurisprudencia progresista sobre los derechos de los pobres durante las décadas de los sesenta y setenta (Albisa y Schultz, 2009), este contexto histórico básico no cambió y los tribunales estadounidenses nunca se ocuparon en serio de la cuestión de los derechos económicos y sociales. El derecho a la educación es la excepción más destacada. Este derecho es reconocido por todas las constituciones estatales en Estados Unidos. Si bien ese reconocimiento amplio en todo el país es muy positivo, la descentralización de la educación produjo grandes variaciones sobre el ámbito del derecho de un estado a otro. Teniendo en cuenta cómo está organizada y estructurada en la actualidad la educación en Estados Unidos, esto no sorprende. No hay un sistema nacional de educación y los estados no tienen en gran medida sistemas totalmente centralizados que cubran todo su territorio. En lugar de eso, los municipios gestionan el sistema educativo mediante unos 15.000 distritos escolares, sujetos a alguna clase de supervisión en la esfera estatal (Miller, 2008). Sin embargo, a diferencia de áreas como los servicios de salud o la asistencia social básica, hay un núcleo mínimo común exigido por la ley en todos los estados, del que forma parte el acceso universal y también algún grado de protección constitucional estatal.

Ese enfoque fragmentado de los derechos es el resultado de la historia de la educación en el país. Como se explica después, la relación única de Estados Unidos con la educación (única al menos de dos formas: está profundamente descentralizada a diferencia de otros países con perfiles sociales y económicos parecidos, pero es reconocida como un derecho a diferencia de casi todas las otras cuestiones económicas y sociales en el país) es resultado del movimiento de las escuelas públicas a comienzos del siglo XIX. Los cambios posteriores serios en la educación fueron catalizados por el movimiento de los derechos civiles estadounidenses de mediados del siglo XX. Los pronunciamientos judiciales y la capacidad de implementarlos solo pueden comprenderse en el contexto de estos procesos sociales.

Historia del derecho a la educación en Estados Unidos

Las escuelas públicas

Cabe argumentar que el movimiento de las escuelas públicas a comienzos del siglo XIX fue el primero originado en Estados Unidos en defensa de un derecho social. En la época de la Colonia, Estados Unidos, como otras colonias británicas, se caracterizó por una fragmentación de sistemas educativos gestionados por municipios y pueblos que decidían si tenían o no escuela y cómo financiarla. Esas escuelas no eran ni gratis ni abiertas a todos, y se financiaban mediante una combinación de impuestos y pagos de los padres: “La cantidad de educación escolar que recibía un niño estaba determinada en última instancia por su salud” y las escuelas coloniales solían excluir a las minorías raciales y, en muchas ocasiones, a las niñas (o limitaban sus oportunidades educativas) (Kaestle, 2007).

El movimiento de las escuelas públicas se convirtió en una red nacional, si bien primordialmente de base urbana, de reformadores hacia principios de 1800, pero la escolaridad gratuita universal todavía era una realidad lejana (Kaestle, 2007). Los padres pudientes continuaban enviando sus hijos a escuelas privadas, en Estados Unidos y en el extranjero, y escuelas independientes, que dependían de la filantropía privada, acogían a los niños pobres. El movimiento continuó creciendo, alimentado por la creencia de que un país joven necesitaba una ciudadanía educada, y por la preocupación por la asimilación de los nuevos inmigrantes (Taylor, 1836).

En los centros urbanos, el movimiento de las escuelas comunes buscó integrar esas escuelas gratuitas independientes, de financiación privada, en un sistema financiado públicamente, y en las áreas rurales los reformadores defendieron las escuelas gratuitas financiadas solo mediante impuestos a la propiedad inmobiliaria (Kaestle, 2007).

Durante el periodo de 15 años de 1838 a 1853, la mayoría de los estados del noreste [...] y del ‘viejo’ noroeste (Ohio, Indiana, Illinois, Iowa, Michigan y Wisconsin) autorizaron el cargo de superintendente escolar y les exigieron a las ciudades proporcionar escuelas totalmente gratuitas mediante impuestos a la propiedad (Kaestle, 2007).

Eso tuvo que enfrentar la oposición de los activistas antiimpuestos, defensores de una intervención limitada del Gobierno, y también de los grupos religiosos, que estaban preocupados porque las escuelas públicas fueran contrarias a sus creencias (Kaestle, 2007). Solo después de la Guerra Civil se adoptaron de manera generalizada las escuelas de

financiación pública en el sur de Estados Unidos. Las escuelas públicas eran ya la regla a principios del siglo XX en todo el país.

Sin embargo, las victorias para el movimiento fueron logradas estado por estado, sin que hubiera una estrategia fuerte para nacionalizar la educación. El modelo institucional que se produjo en la práctica fue uno en el que los impuestos locales a la propiedad financiaban las escuelas y había control local. Ese modelo se convirtió en el fundamento del sistema educativo actual en Estados Unidos (Miller, 2008).

Tras el desarrollo de ese movimiento social, el derecho a la educación se incorporó a las constituciones de los estados, por etapas. Entre 1776 y 1834, más o menos la mitad de los estados habían incluido cláusulas sobre educación en sus constituciones. Aunque muchos “tendían a reconocer la importancia de una ciudadanía educada para la sociedad”, durante el fin de ese periodo varios estados impusieron obligaciones más concretas a los legisladores estatales con respecto a la creación y la financiación de las escuelas (Trachtenberg, s. f., p. 2). Entre 1835 y 1912, muchos estados se incorporaron a la Unión e incluyeron cláusulas sobre educación en sus constituciones iniciales. Otros, que ya estaban en la unión, añadieron disposiciones:

Este periodo, que es sin duda el más activo con respecto a las normas estatales sobre educación, estuvo dominado por normas que asignaban una responsabilidad mucho más explícita a los estados y sus órganos legislativos con respecto al establecimiento, la financiación y la administración de sistemas de escuelas públicas gratuitas (Trachtenberg, s. f.).

Si bien el movimiento de las escuelas públicas debe considerarse en su conjunto como muy exitoso, el modelo fragmentado permitió y facilitó toda clase de discriminaciones basadas en la clase y la raza. En el sur de Estados Unidos, las escuelas segregadas fueron la regla hasta el caso histórico de *Brown vs. Board of Education* en 1954. A principios y mediados del siglo XX, el movimiento de los derechos civiles, liderado por afroamericanos, comprendió la importancia de la educación para la igualdad y la libertad, y convirtió la educación integrada en una de sus exigencias fundamentales. Para 1954, los segregacionistas seguían defendiendo ferozmente el sistema que permitía una escolaridad inferior y separada para los niños negros, pero el movimiento de los derechos civiles había cambiado la psique estadounidense y las encuestas mostraban que la mayoría de los blancos del país sentían que la segregación en la educación debía terminar.⁹

9 Véase *Snapshots in Time: The Public in the Civil Rights Era*. Recuperado de <http://www.publicagenda.org/civilrights/civilrights.htm>

Así, a pesar del vacío general en torno a los derechos sociales y económicos, y de las reiteradas negativas del Tribunal Supremo de Estados Unidos a reconocer esos derechos,¹⁰ y también de la enorme resistencia de los estados del Sur a la integración racial, el Tribunal anunció por fin en 1954 que:

Hoy la educación es tal vez la función más importante de los gobiernos locales y estatales [...]. Es necesaria para el desempeño de nuestras responsabilidades públicas más básicas [...]. Es el fundamento mismo de la buena ciudadanía. Hoy es el principal instrumento para despertar en el niño valores culturales, para prepararle para la formación profesional venidera y para ayudarle a ajustarse de forma normal al entorno. En esta época, es dudoso que quepa esperar razonablemente que un niño tenga éxito en la vida si se le niega la oportunidad de tener educación.¹¹

A pesar de esa defensa vigorosa de la educación, de la organización social en torno al tema y de las demandas legales, el marco básico de financiación y control locales no se ha cuestionado de forma seria y las escuelas siguen ligadas a los impuestos locales a la propiedad inmobiliaria. En consecuencia, el sistema educativo estadounidense, en su núcleo, estaba y sigue estando severamente marcado por la riqueza y las desigualdades de raza. Además, aun cuando los estados han abordado las desigualdades, como en algunas de las sentencias que se describen más adelante, la gran mayoría de las desigualdades entre los estados solo puede resolverse en la esfera nacional (Miller, 2008). Esas cuestiones estructurales, que surgieron del proceso social de su momento, continúan influenciando, limitando y configurando los “parámetros de lo posible” en la realización del derecho a la educación en Estados Unidos.

Idoneidad del uso de los tribunales para la educación

El uso de los tribunales desde mediados del siglo XX para reclamar el derecho a la educación en Estados Unidos suele estudiarse como una corriente consistente, en general, de tres olas: los casos relativos a la equidad según la cláusula de igualdad de protección de la Constitución Federal, los casos relativos a la igualdad conforme a las cláusulas

10 Véase, por ejemplo, *Lindsay vs. Normet*, 405 U.S. 56, 74 (1972) (“No menospreciamos la importancia de la vivienda digna, segura y salubre. Pero la Constitución no proporciona remedios judiciales para todo mal social y económico. No vemos en ese documento ninguna garantía constitucional de acceso a la vivienda de una calidad particular [...] En ausencia de un mandato constitucional, la garantía de una vivienda adecuada y la definición de las relaciones entre propietarios y arrendatario son funciones legislativas y no judiciales”).

11 *Brown vs. Board of Education*, 347 U.S. 483, 493 (1954).

de igualdad de protección y de educación estatales, y los casos sobre idoneidad de la educación y la financiación según las cláusulas constitucionales de los estados.

La primera ola de demandas sobre la educación denunció las desigualdades de financiación educativa por alumno conforme a la cláusula federal de protección de la igualdad. Al inicio, esa estrategia fue exitosa, y en *Serrano vs. Priest*, en 1971, el Tribunal Supremo de California declaró que el derecho a la educación era un interés fundamental análogo al derecho al voto protegido por la Constitución federal, de forma que solo un interés estatal imperativo podía justificar las clasificaciones por nivel de ingresos efectuadas por un estado que interfirieran con ese derecho.¹²

En 1973, en *San Antonio Independent School District vs. Rodríguez*, el Tribunal Supremo rechazó el incipiente derecho a la educación declarando que un sistema de financiación escolar basado en impuestos a la propiedad inmobiliaria era constitucional siempre y cuando no privara a los estudiantes de alguna oportunidad educativa.¹³ Después, en una decisión esquizofrénica en el caso *Plyer vs. Doe*, el Tribunal destacó que el derecho a la educación no estaba garantizado por la Constitución federal, al mismo tiempo que anulaba una ley estatal que excluía a los niños inmigrantes indocumentados del sistema escolar público.¹⁴ Por tanto, según la Constitución federal, el derecho a una educación “mínimamente adecuada” es una cuestión irresoluta,¹⁵ y si existe, es increíblemente débil.

En consecuencia, después de 1973, en la segunda ola, los defensores de los derechos atacaron la igualdad de los sistemas de financiación escolar conforme a las cláusulas de igualdad de protección o educación consagradas en las constituciones de los estados federados. Esa estrategia tuvo resultados diversos, ya que los tribunales estatales declararon la constitucionalidad de los sistemas de financiación escolar en 9 de 16 casos. En la tercera ola de demandas judiciales sobre educación, que comenzó en 1989 —y está actualmente en desarrollo—, los defensores de los derechos han demandado la idoneidad de la educación apoyándose en las cláusulas sobre educación de las constituciones estatales y han tenido mucho más éxito. Algunos comentaristas han criticado la tercera ola alegando que es una función inapropiada de los tribunales definir cuál es la “idoneidad” de una política, mientras que otros han

12 5 Cal. 3d 584, 604-18 (1971).

13 411 U.S. 1, 54-56 (1973).

14 457 U.S. 202, 221–25 (1982).

15 *Papsan vs. Allain*, 478 U.S. 265, 285 (1986).

afirmado que permite a los tribunales devolver a los órganos legislativos las decisiones concretas sobre la financiación, a diferencia de lo que ocurría con los casos sobre igualdad, que ataban a los legisladores a fórmulas mucho más restrictivas.

Estudios de caso: casos recientes sobre educación en los cuatro estados considerados

Casi todos los estados han visto cuestionada la constitucionalidad de su sistema de financiación escolar, y más o menos en la mitad de ellos los tribunales supremos han determinado la inconstitucionalidad de esos sistemas (Kramer, 2002, p. 6). Los modelos económicos indican que en los estados en los que los tribunales encontraron inconstitucionales los sistemas de financiación escolar el gasto ha aumentado un 23 % en comparación con aquellos en los que no hubo sentencia de inconstitucionalidad (Rothstein, 2000, p. 73; véase Banks, 1992, pp. 153-154). Sin embargo, el debate está abierto y los datos son contradictorios en cuanto a si el aumento de financiación ordenado por los tribunales mejora necesariamente el desempeño académico de los estudiantes.

Esta sección describe los efectos y el contexto de los casos sobre idoneidad educativa en los estados de Texas, Nueva York, Kentucky y Nueva Jersey.

Texas

Texas ha generado un gran número de procesos judiciales sobre financiación escolar, desde 1973, cuando los demandantes del distrito escolar de Edgewood presentaron un caso basado en la cláusula federal de igualdad de protección¹⁶ para ocuparse de las enormes desigualdades de financiación. Perdieron el caso ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos, que declaró que conforme a la Constitución federal, la educación no es “un derecho o una libertad fundamental”, y rechazó cualquier demanda salvo que el “sistema no proporcionara a todos los niños una oportunidad de adquirir las habilidades mínimas necesarias para gozar de los derechos de libertad de expresión y plena participación en el proceso político”.¹⁷ El salvamento de voto del magistrado Marshall señaló que los reformadores podrían buscar todavía “revisar los sistemas estatales de financiación escolar a partir de las normas constitucionales del estado”.¹⁸

16 *Rodríguez vs. San Antonio Independent School District*, 411 U.S.1 (1973).

17 411 U.S., p. 37.

18 411 U.S., p. 133 n. 100.

Los defensores de los derechos presentaron en consecuencia un nuevo caso, *Edgewood Independent School District vs. Kirby*,¹⁹ en el que denunciaban el sistema de financiación escolar basado en tributos a la propiedad inmobiliaria basándose en la Constitución de Texas. Argumentaron que ese sistema de financiación violaba dos de sus cláusulas, la de igualdad de protección y la de educación, debido a las amplias desigualdades de asignación financiera por alumno, en paralelo con las disparidades de riqueza inmobiliaria de un distrito a otro. De hecho, el impuesto a la propiedad inmobiliaria variaba entre 20.000 dólares por alumno a 14 millones de dólares en el otro extremo.²⁰ Los demandantes ganaron el caso en primera instancia ante el Tribunal Supremo de Texas; sin embargo, ejecutar la sentencia fue complicado y requirió numerosas intervenciones judiciales. Aunque el órgano legislativo aumentó la financiación en 500 millones de dólares, los demandantes denunciaron que era insuficiente porque se mantenía la misma estructura tributaria que garantizaba las disparidades existentes. En *Edgewood II*,²¹ el Tribunal Supremo de Texas estuvo de acuerdo con los demandantes y le solicitó al órgano legislativo crear un nuevo sistema. El siguiente intento del órgano legislativo, que implicaba un impuesto estatal a la propiedad distribuido por igual entre cada estudiante de cada distrito, fue demandado por los residentes de los distritos más ricos y encontrado inconstitucional en *Edgewood III*,²² basándose en que la Constitución estatal requería también la aprobación de los votantes locales para aprobar tributos sobre la propiedad dirigidos a las escuelas. El tercer intento del órgano legislativo fue declarado constitucional en *Edgewood IV*.²³ El nuevo sistema fue diseñado para conseguir neutralidad fiscal; mejora la equidad y la idoneidad de la financiación escolar, estableciendo una suma básica garantizada por alumno, según una fórmula que consideraba un tributo mínimo a la propiedad y luego fondos adicionales por cada centavo extra de tributo a esta. También había un tope para los distritos más ricos, implementado mediante una variedad de opciones, como la consolidación con distritos más pobres (Imazeki y Reschovsky, 2003). Pero la batalla política estaba lejos de terminar. En 2001, los distritos más ricos presentaron un caso basado en la Constitución estatal en la que cuestionaban la autoridad del

19 777 S.W.2d 391 (1989).

20 *The Basics of Texas Public School Finance*, Texas Association of School Boards, 1996.

21 804 S.W.2d 491 (1991).

22 826 S.W.2d 489 (1992).

23 893 S.W.2d 450 (1995).

estado para rediseñar la financiación escolar de esta forma. En 2003, el Tribunal Supremo reexaminó el caso, *West Orange-Cove Consolidated vs. Nelson*,²⁴ y se sumaron al proceso nuevos demandantes de los distritos pobres, que alegaban que el sistema de financiación de Texas seguía siendo inadecuado.

En un duro golpe, tras décadas de esfuerzos en litigio, en 2005 el Tribunal Supremo de Texas determinó que el sistema era inconstitucional debido a los límites que tienen las autoridades estatales para aprobar impuestos a la propiedad inmobiliaria aplicables en todo el estado. El Tribunal determinó también que el sistema de desigualdades no violaba el derecho a la educación. El Tribunal declaró que los distritos deben ser solo “razonablemente capaces de proporcionar a sus estudiantes una oportunidad significativa de adquirir los conocimientos y habilidades necesarias contenidos [...] en los requisitos curriculares”. A pesar de los déficits educativos del sistema, el Tribunal se apoyó en los controvertidos puntajes de las pruebas estandarizadas para llegar a esa conclusión.

Los investigadores han realizado al menos dos estudios de “idoneidad” de costos para Texas a fin de mostrar la necesidad de financiación.²⁵ En 2006, el órgano legislativo de Texas reformó la estructura tributaria y los flujos de financiación para las escuelas, y recurrió a fuentes como los tributos al tabaco para solucionar las insuficiencias. Hay consenso entre los educadores de que las reformas de 2006 al sistema de financiación, aunque fueron útiles en ciertos sentidos, fueron insuficientes.

Durante los cinco años siguientes a la reestructuración de las leyes de 2006, no hubo acciones judiciales. Sin embargo, en 2011, como respuesta a la recesión económica, el órgano legislativo recortó 5.400 millones de dólares del presupuesto para educación; esos recortes, que equivalían al 8% del presupuesto, generaron una nueva coalición de 443 distritos escolares, la Texas Taxpayer and Student Fairness Coalition, y una nueva demanda, *Texas Taxpayer & Student Fairness Coalition, et al. vs. Michael Williams, et al.* En febrero de 2013, el Tribunal determinó que los niveles de financiación eran inconstitucionales y declaró en concreto que esta era inadecuada para cumplir con el fin constitucional estatal de difundir el conocimiento general. En mayo de 2013, el órgano legislativo aumentó la financiación en otros 3.600 millones de dólares, pero el Tribunal decidió una vez más, en agosto

24 107 S.W.3d 558.

25 Véase http://www.schoolfunding.info/states/tx/lit_tx.php3

de 2014, que los niveles de financiación seguían siendo deficientes e inconstitucionales. En este momento el caso está en apelación.

Aunque la Coalition to Invest in Texas Schools se formó en 2004, parece no haber estado activa en periodos sostenidos de tiempo (tal vez no más de un año). La Texas Taxpayer and Student Fairness Coalition, que se formó después, parece estar compuesta de distritos escolares (a diferencia de las coaliciones de Nueva Jersey y Kentucky, que fueron impulsadas por padres, como se explica en los estudios de caso después) y fue creada para intervenir en los procesos judiciales. Por tanto, los esfuerzos de la sociedad civil en Texas para garantizar el cumplimiento no parecen haber sido ni tan visibles ni tan firmes como en otros estados; de hecho, los esfuerzos parecen haber estado impulsados por las demandas judiciales y por la comunidad de investigadores. Sin embargo, incluso si la cuestión ha estado enredada en los tribunales durante décadas, alternando victorias y derrotas, los casos crearon presión al órgano legislativo e influenciaron las reformas de 2006 como respuesta a la inacción judicial, así como la restauración de los recortes en 2013. Por tanto, podríamos ver que el uso de los tribunales, sin la acción de un movimiento social más general, fue capaz de aumentar la financiación, pero incapaz de crear cambios importantes y sostenibles.

Nueva York

En 1995, en *Campaign for Fiscal Equity vs. State of New York*, el Tribunal Supremo del estado determinó que su Constitución requería ofrecer a todos los niños una educación básica sólida, consistente en “habilidades de lectura, cálculo y verbales básicas, necesarias para que los niños puedan actuar en última instancia como participantes cívicos capaces de votar y ser miembros de un jurado”.²⁶ Como señaló de nuevo otra vez el Tribunal en 2003: “Por tanto, señalamos que una educación básica sólida no se limita a enseñar habilidades, sino habilidades dirigidas a satisfacer un fin práctico: la participación cívica significativa en una sociedad contemporánea”.

El tribunal declaró explícitamente que para conseguir esto se requerían unas instalaciones físicas apropiadas, el acceso a instrumentos de aprendizaje (como mesas, sillas y textos mínimamente actualizados) y la enseñanza adecuada de un currículo razonablemente actualizado por profesores con una formación sólida.²⁷ El Tribunal de Instancia, al que se le devolvió el proceso, determinó que Nueva York estaba

26 86 N.Y.2d 307, 3016 (1995).

27 86 N.Y.2d, p. 317.

violando ese estándar. Aunque las conclusiones fueron rechazadas por el Tribunal de Apelación, que estableció que la educación de 8º grado era apropiada, el Tribunal Supremo del Estado declaró que esa situación era de hecho una violación de sus deberes constitucionales.²⁸

Los tribunales superiores de Nueva York estudiaron una compleja variedad de insumos y resultados (como las puntuaciones de pruebas estandarizadas y las tasas de graduación). Sin embargo, en última instancia, la victoria de los demandantes se basó en un hecho simple:

Los demandantes han ganado aquí debido a una combinación única de circunstancias: las escuelas de la ciudad de Nueva York tienen los estudiantes más necesitados del estado y los costos locales más altos, y sin embargo reciben una de las menores financiaciones por estudiante y tienen algunos de los peores resultados.

Tras señalar un desajuste persistente entre las necesidades de los estudiantes y los flujos de recursos, como profesores de calidad, en 2003 el tribunal ordenó una medida que contenía tres órdenes: 1) el Estado debía verificar “los costos reales de proporcionar una educación básica sólida en la ciudad de Nueva York”; 2) el Estado debe reformar el sistema de financiación para garantizar que “todas las escuelas de la ciudad de New York tendrán los recursos necesarios para proporcionar la oportunidad de una educación básica sólida”, y 3) las nuevas reformas “deberían garantizar un sistema de control y responsabilidad para evaluar si las reformas proporcionan de hecho la oportunidad de una educación básica de calidad”.²⁹ Esa medida requirió 1.930 millones de dólares adicionales de financiación para las escuelas de la ciudad.

El caso fue producto de una campaña vibrante y fuerte, con estrategias de comunicación, jurídicas y de activismo: la Campaign for Fiscal Equity (CFE). La CFE, trabajando con una coalición muy amplia, convirtió las determinaciones de los procesos y las sentencias judiciales en normas que beneficiaron a los estudiantes de las escuelas públicas en todo el estado de Nueva York: la Education Budget and Reform Act de 2007, una ley que reformó el sistema de educación y financiación en el estado de Nueva York. La CFE trabajó para garantizar el cumplimiento de la sentencia. Le proporcionó a los creadores de las políticas públicas, a la prensa y al público informes detallados, bien fundamentados en los hechos, para que se adoptaran decisiones informadas sobre cuestiones importantes de política pública relacionadas con la adición de nuevos recursos de capital y operativos, y con nuevas medidas de control

28 Campaign for Fiscal Equity vs. State of New York, 719 N.Y.S.2d 475, 491-92 (2001).

29 Campaign for Fiscal Equity vs. State of New York, 100 N.Y.2d 893 (2003).

de la acción pública. También hizo que la cuestión siguiera teniendo visibilidad pública y relevancia desde una perspectiva política. Así, en 2007 parecía que sus esfuerzos habían sido exitosos.

Sin embargo, el CFE no había desarrollado un liderazgo fuerte en el ámbito comunitario ni contaba con la participación amplia o dedicada de los padres. Aunque se convocó a los padres y a los jóvenes para que acudieran a las marchas, se trataba de un modelo de activismo basado en coaliciones, en el que la mayoría de las personas involucradas en las decisiones y en su implementación eran defensores profesionales de los derechos. La estrategia de control de la responsabilidad pública se concentraba en el Gobierno y en la presión de defensores. Como señala la página web de la CFE: “Los efectos a largo plazo de las normas de control de la responsabilidad pública dependerán en gran medida de cuán firmes sean el Consejo de Directores, el comisionado para la Educación del estado y el Departamento de Educación del estado de Nueva York (NYSED) en su función de supervisión”.

La CFE no convirtió a los padres y a los estudiantes en partes centrales de la implementación y la supervisión, sino que permanecieron como beneficiarios de las acciones. Y pudo ser que el dinero se haya gastado mal. Michael Rebell, el director de Campaign for Fiscal Equity, declaró con respecto al control del gasto de los fondos: “Se han dispersado. No hay forma de saber qué se ha hecho con ese dinero, si se han conseguido cambios valiosos, si se está usando bien”.

Después de la crisis de 2002, Nueva York enfrentó, como muchos estados, varios recortes presupuestales. Los recortes a las escuelas han borrado la mayoría de los beneficios obtenidos por la CFE en términos de recursos y el asunto ha vuelto a llegar ante los tribunales.³⁰ Por tanto, el beneficio real no se sintió durante mucho tiempo, y si los cambios en el nivel de recursos mejoraron o no la enseñanza sigue siendo una pregunta sin responder. La CFE ha sido menos activa en los últimos años y el nivel de actividad que desplegó en el pasado no ha sido sostenible. Un mayor involucramiento de la comunidad y la sociedad civil habría sido muy valioso, en una época de austeridad impuesta, con estructuras económicas inequitativas.

Kentucky

Kentucky ha tenido una de las intervenciones más exitosas en casos sobre financiación del derecho a la educación en el ámbito estatal. Junto con Nueva Jersey, se considera en general que ha tenido “las decisiones judiciales más audaces en favor de los derechos a la educación de

30 Véase <http://www.cfequity.org/>

los estudiantes”, aun si su cláusula constitucional sobre educación está “catalogada entre las más ‘débiles’” (Trachtenberg, s. f., p. 3). Marilyn Gittell, la politóloga de la Universidad de Nueva York, ha descrito la reforma de Kentucky como “la única reforma de ámbito estatal que ha sido resultado de una decisión judicial sobre financiación igualitaria”.

La actividad de iniciativa ciudadana sobre reforma de la educación comenzó mucho antes de que se presentara la demanda. Un gran compromiso en torno al tema de educación pública y activismo sentó las bases para la demanda judicial, la legislación resultante de ella y el trabajo a más largo plazo de implementar la sentencia y el sistema legal resultante. De hecho, si bien la decisión judicial surgió del Tribunal Supremo del estado en 1989, el grupo de base ciudadana dedicado a la educación comenzó su actividad diez años antes, como una comisión de ciudadanos nombrados por el Consejo Educativo para la Educación Superior de Kentucky (Kentucky Council on Higher Education), presidida por Edward Prichard. Esa comisión de ciudadanos ilustres elaboró un informe en el que se solicitaban cambios amplios en el sistema educativo de Kentucky. Después de que ni el gobernador ni el órgano legislativo del estado hicieran nada con respecto a las recomendaciones, los miembros de la comisión formaron el Comité Prichard, como organización independiente sin ánimo de lucro.³¹ El grupo inicial estaba formado por ciudadanos muy respetados en sus comunidades y el Comité escogió a sus miembros adicionales con gran cuidado. Los invitados a formar parte de él eran inteligentes, conocedores del tema y tenían mucha experiencia en la organización política de la sociedad en el ámbito estatal o nacional. Por ejemplo, Edward Prichard fue un personaje importante en las administraciones de los presidentes Roosevelt y Truman, un recomendado de Felix Frankfurter, el magistrado del Tribunal Supremo, y un intelectual de renombre público; Dorothy Ridings fue presidente de la organización nacional League of Women de 1982 a 1986. De hecho, en los últimos veinte años solo ha habido un gobernador del estado que no haya sido en algún momento miembro del Comité Prichard.³² Muchos de los miembros del Comité son expertos en organizar, crear y mantener redes estatales vibrantes, hacer presentaciones claras y realizar investigaciones efectivas. El Comité buscó muchos de sus miembros de entre la League of Women Voters y otros

31 Entrevista con Cindy Heine, directora ejecutiva asociada del Comité Prichard, 11 de agosto de 2011.

32 Entrevista con Susan Weston, abogada en asuntos de educación, 11 de agosto de 2011.

individuos de grupos locales que aportaron competencias valiosas a la organización.

El Comité Prichard trabajó para difundir información, elevar la conciencia pública y conseguir apoyo político para un cambio general en las escuelas de Kentucky. Planearon eventos de gran impacto, como un foro para los candidatos a las elecciones a gobernador que fue retransmitido en todo el estado, contrató publicidad gratuita en 200 periódicos para que los profesores conocieran su actividad e invitarlos a enviar sus ideas sobre reformas educativas (Sexton, 2004, p. 37). En 1984, el grupo organizó un foro de una sola tarde, simultáneo en todas las ciudades del estado, y consiguió la participación de líderes de cada uno de los 176 distritos escolares para que participaran en él (pp. 39-43). Casi 20.000 personas, que representaban a todos los distritos educativos estatales, acudieron a los 145 lugares de celebración del foro y se le pidió al gobernador que lo presentara en la televisión del estado. Esos foros les han dado a los ciudadanos la oportunidad de expresar sus opiniones y vincularse con otras personas que comparten sus preocupaciones. A partir de esos foros el Comité identificó a líderes destacados de cada condado y les dio formación adicional.

En 1982, Edward Prichard y Robert Sexton se reunieron con los directores y los editores de dos de los periódicos más importantes del estado, que se comprometieron a darle espacio editorial al movimiento. Tres de los principales periódicos del estado dedicaron series de artículos a los problemas del sistema educativo de Kentucky y ganaron un premio Pulitzer. Eso produjo un importante debate antes de que se diera la decisión del Tribunal (Sexton, 2004, pp. 37-38). Las reuniones del Comité Prichard estuvieron abiertas a los medios de comunicación y fueron cubiertas en detalle por ellos, y los miembros del Comité hablaron a menudo con la prensa, filtraron historias y elaboraron editoriales; todos ellos se concentraron en llamar la atención sobre el problema de la educación y la necesidad de una reforma, no tanto en el Comité y sus asuntos (pp. 19-21). El panorama de los medios de comunicación era muy diferente en ese entonces, con pocas voces y medios, así que esas opiniones tenían una mayor probabilidad de ser oídas y respetadas.³³

El Comité Prichard consiguió un apoyo amplio de la comunidad empresarial, así como de la conocida empresa petrolera Ashland Oil, y también de la Cámara de Comercio del estado, que reconoció la justificación económica de la reforma y su importancia para la competitividad estatal. Ashland Oil gastó importantes cantidades en anuncios publicitarios sobre la necesidad de una reforma educativa. Encuestas

33 *Idem.*

en el momento de la sentencia mostraron que, en todo el estado, los ciudadanos estaban dispuestos a pagar más impuestos si eso se plasmaba en mejoras en el sistema educativo.³⁴ Por tanto, se había realizado un trabajo de base social y político importante antes de la decisión judicial.

Robert Sexton, el director ejecutivo del Comité Prichard, también convocó a las administraciones de las escuelas, la conferencia católica, los lobistas de la educación, miembros de consejos escolares, líderes empresariales y otros, a que se sentaran juntos por primera vez, durante un periodo de dos o tres años, con la ayuda de un facilitador profesional.³⁵ Esas reuniones formaron una base común y un compromiso para trabajar juntos, incluso en medio de desacuerdos.³⁶ Ese grupo redactó un informe, que después inspiró la legislación adoptada por la Asamblea General.

Durante mediados y finales de los años ochenta, Sexton llevó a cabo cientos de presentaciones por todo el estado y el país, con datos relativos al dinero gastado en las escuelas y el mensaje de que Kentucky estaba en los últimos puestos de la lista.³⁷ La teoría del Comité, y de Sexton, era que había que hablar con todo el mundo y persistir.³⁸ El mensaje de Sexton señaló no solo que lograr una buena educación para los niños de Kentucky era un asunto socialmente importante, sino que también era esencial para el estado desde el punto de vista económico, porque en el futuro habría menos trabajo en el carbón y el tabaco. En consecuencia, era importante educar mejor a esos niños para que pudieran conseguir buenos trabajos y garantizar el progreso económico del estado, con lo que se garantizaba que la generación de más edad tendría los cuidados requeridos cuando envejeciera.³⁹ Así, el mensaje iba más allá del interés particular de los progenitores por la educación de sus propios hijos (Sexton, 2004, p. 7): estaba dirigido, y tenía acogida, a un sector más amplio de la población, no solo por ser un derecho, sino por razones prácticas que afectaban a todos. El propósito del Comité era conseguir un mayor desarrollo de la participación cívica y del apoyo a una causa que afectaba a toda la comunidad. Habría que señalar también que esos argumentos no solo se formularon —y tal vez ni siquiera lo hicieron en primera instancia— como cuestiones sobre

34 Entrevista con Cindy Heine, directora ejecutiva asociada del Comité Prichard, 11 de agosto de 2011.

35 Entrevista con Susan Weston, *cit.*, 11 de agosto de 2011.

36 *Ibid.*

37 Entrevista con Cindy Heine, *cit.*, 11 de agosto de 2011.

38 Entrevista con Susan Weston, *cit.*, 11 de agosto de 2011.

39 Entrevista con Cindy Heine, *cit.*, 11 de agosto de 2011.

derechos legales, sino más bien en términos más amplios como una cuestión de justicia y de en qué valores el Estado y la sociedad querían invertir en el futuro. Como describió Robert Sexton:

Los voluntarios y yo teníamos la sensación de que estábamos ocupándonos de algo más grande que mejorar las escuelas. Como ciudadanos, comprendimos que los problemas complejos y escabrosos que enfrentábamos, como otros en el resto de la nación, no los iba a solucionar la acción del Gobierno en solitario. Lo que se necesitaba era que los ciudadanos volvieran a invertir en su capital cívico, en las comunidades, las instituciones y las organizaciones sociales debilitadas. Creíamos que las soluciones requerían la movilización de las comunidades y de los individuos para que resolvieran sus propios problemas. A los voluntarios del Comité les parecía bien recurrir a las habilidades de los ciudadanos y animar a otros a hacer lo mismo para llamar la atención de la gente, para asumir responsabilidad y para enviar a aquellos con autoridad legal un mensaje de que también debían actuar (2004, p. 24).

En 1985, el Comité organizó un pequeño grupo de miembros del órgano legislativo para hablar con un defensor de la reforma educativa nacional durante una cena, lo que llevó al establecimiento de un subcomité legislativo sobre reestructuración escolar (Sexton, 2004, p. 51). A partir de 1987, el Comité usó las elecciones a gobernador del estado para mantener la educación en primera línea del debate político e invitar a los candidatos a un debate estatal.

En 1986, una demanda judicial titulada *Rose vs. Council for Better Education* fue presentada por sesenta y seis distritos escolares que pretendían una financiación más equitativa y apropiada conforme al mandato de la Constitución estatal, que dice que el órgano legislativo estatal debe proporcionar un “sistema eficiente de escuelas públicas en todo el estado”.⁴⁰ El abogado de los demandantes, Bert Combs, había sido antes gobernador de Kentucky y juez federal (Adams, 1993). En 1998, el juez de instancia dictó dos decisiones favorables a los distritos escolares y declaró inconstitucional el sistema estatal de financiación escolar. Además, definió qué significa el requisito constitucional de escuelas eficientes y apropiadas, identificando para ello la clase de competencias y conocimientos requeridos.⁴¹

Los líderes del órgano legislativo apelaron la decisión y el debate sobre las escuelas de Kentucky se intensificó más. En junio de 1989, el Tribunal Supremo de Kentucky ratificó la sentencia del Tribunal de

40 790 S.W.2d 186 (1989).

41 *Council for Better Educ. vs. Wilkinson*, No. 85-CI-1759, slip op., p. 4 (Franklin Cir. Ct., 31 de mayo de 1988).

Circuito y fue más allá al declarar inconstitucional todo el sistema de educación pública. Como anunció el Tribunal:

Para que no haya ninguna duda: el resultado de nuestra decisión es que todo el sistema de escuelas públicas de Kentucky es inconstitucional. No se sostiene que solo una parte del sistema escolar sea inválido y no estimamos que eso ocurra. Esta decisión aplica al ámbito total del sistema: a todas sus partes y componentes.⁴²

El Tribunal continuó definiendo el contenido de qué es lo que la Constitución estatal le exige a un sistema escolar “eficiente”, y adoptó la definición del Tribunal de Instancia en su integridad.

Las características esenciales, y mínimas de un sistema “eficiente” de escuelas públicas incluían la igualdad de oportunidades educativas, una financiación apropiada y la supervisión.⁴³ El Tribunal determinó que la Constitución del estado impone “un deber absoluto en la Asamblea General de reformular y restablecer un nuevo sistema de escuelas públicas para la ciudadanía”,⁴⁴ y ordenó al órgano legislativo crear, empezando de cero, un nuevo sistema de educación para todo el estado antes del final de la siguiente legislatura, establecido el 15 de abril de 1990. En cumplimiento de ese mandato, la Asamblea General aprobó la ley de reforma de la educación de Kentucky — Kentucky Education Reform Act (KERA)—, con la colaboración y la presión de los ciudadanos, incluido el Comité Prichard. En palabras del secretario de Educación y Humanidades de la época, eso “representó la reestructuración más radical de la educación pública en este siglo” (Foster, 1999, p. 5). La ley creó estándares fundamentados en la responsabilidad pública de sus ejecutores y estableció una nueva gobernanza, lo que generó un cambio en el ámbito local a la hora de reducir la corrupción y promover el liderazgo escolar por méritos.⁴⁵ La ley se aprobó con contribuciones de los líderes del Comité Prichard y de los aliados que formó, como la Cámara de Comercio, que apoyó la parte tributaria de la ley. Con un apoyo público en favor de la reforma tan grande como el que mostraban las encuestas, la decisión del Tribunal funcionó también como una especie de justificación política, ya que se obligó al órgano legislativo a actuar. Ningún político perdió su curul por apoyar el proyecto de ley.

Desde Rose y la aprobación de la KERA, las escuelas de Kentucky han mostrado una mejora continua, según diversos indicadores, y el

42 790 S.W.2d, p. 215.

43 790 S.W.2d, pp. 212-13. Véase también Foster (1999, pp. 14-15).

44 790 S.W.2d, p. 215.

45 Entrevista con Cindy Heine, *cit.*

éxito inusual de Kentucky, que está lejos de ser un estado rico, ha sido ampliamente celebrado. De hecho, en 1998 la Fundación Ford y la Universidad de Harvard le concedieron al sistema educativo de Kentucky un premio a la innovación, el Innovations in American Government.

Ese triunfo se debió a un movimiento social vibrante en torno a la educación en Kentucky, liderado por el Comité Prichard. Este tuvo éxito no solo en canalizar socialmente la demanda judicial en su momento, gracias a diez años de organización social antes de la decisión, sino que también desplegó una actividad continua para hacer cumplir la sentencia e implementar la legislación mediante una variedad de medios. También reclutó coordinadores regionales que trabajaran por todo el estado y formó comités educativos para el desarrollo comunitario en los distritos escolares de Kentucky para fomentar la implementación de la KERA (Sexton, 2004, p. 84).

El Comité estuvo siempre disponible para los medios de comunicación, creó una "oficina de investigaciones" que ayudó a los periodistas a encontrar datos para sus artículos y les sugirió ideas para sus historias, y publicó guías para los periodistas en las que explicaba la ley (Sexton, 2004, p. 85). En 1991, ayudó a crear una asociación, la Partnership for Kentucky School Reform, que era un proyecto de organización nacional de los principales funcionarios directivos de la educación (pp. 93-94). Esa asociación realizó una campaña publicitaria de 1,5 millones de dólares para explicar los cambios al público, y el Comité creó un número telefónico gratuito para responder preguntas de la gente sobre el cambio (p. 85).

Asimismo, el comité creó otra asociación adicional, la Parents and Teachers Talking Together, que facilitó la discusión entre padres y profesores, y sirvió como oportunidad de formar a cientos de voluntarios que así se convertirían en facilitadores (Sexton, 2004, p. 88). Además, el Comité fundó un centro, el Commonwealth Institute for Parent Leadership, para aunar las actividades de movilización de los padres. El centro formó cientos de padres cada año y los graduados se convirtieron en voluntarios locales, siendo muchos de ellos elegidos a cargos en los consejos escolares de colegios y municipales (pp. 106-107).

En entrevistas con los activistas involucrados en esos esfuerzos, hubo varios factores que se citaron como relevantes para su éxito. En primer lugar, el trabajo se percibió como un esfuerzo unificado; el discurso público se concentró en mejorar los resultados de todos los niños en el estado. En segundo lugar, hubo una combinación de líderes respetados y organizadores competentes que decidieron que deseaban abordar el problema trabajando con el creciente grupo de padres líderes formados gracias al Comité Prichard. En tercer lugar, el movimiento

estuvo conectado con los medios de comunicación y abierto a ellos, lo que hizo que ganara credibilidad y que se formara conciencia pública del problema. En cuarto lugar, se reclutó a una variedad de interesados para apoyar el esfuerzo; entre ellos estuvo la comunidad empresarial, que aportó recursos importantes, como las campañas de publicidad generales. Por último, el grupo tuvo un compromiso con la investigación seria y la búsqueda de soluciones por consenso frente a los problemas educativos que encontraron; los entrevistados lo describen como una perfecta oportunidad para mejorar la educación en el estado.

Treinta años después de haberse formado, el Comité Prichard sigue siendo un lugar de coordinación y producción de la organización social y del activismo, y alardea de tener un centro de liderazgo para padres con lo que ellos llaman “un ejército formado” de 1.500 padres líderes listos para defender sus escuelas.

Puesto que Kentucky es un estado pequeño, con una población racialmente más homogénea que otros estados estadounidenses, y con menos varianza en riqueza,⁴⁶ reproducir ese esfuerzo en otros lugares, en entornos políticos y sociales más complejos, involucraría retos diferentes y potencialmente más difíciles. Como señaló uno de los abogados involucrados en los procesos judiciales de Kentucky, los distritos más ricos del estado estarían entre los más pobres de Nueva Jersey; un 60 % de los niños recibe almuerzos gratis o a precios reducidos, lo que hace que en ese estado el mensaje de que esos niños son de todos y que todos merecen algo mejor sea más convincente.⁴⁷ No obstante, la experiencia de Kentucky nos ofrece una perspectiva sobre cuáles son los procesos sociales que afectan al cumplimiento de las victorias legales sobre el derecho a la educación y merece un estudio desde el punto de vista de los movimientos sociales. Al mismo tiempo, y si bien Kentucky ha logrado mejoras significativas, sigue estando por detrás de los estados de las regiones más ricas del país. La organización de la ciudadanía en Kentucky parece haber cambiado fundamentalmente los “parámetros de lo posible” en ese estado. La cuestión sigue siendo, sin embargo, si las desigualdades nacionales requieren una solución más general —para el país en su totalidad— o si lo que se necesita es la adopción local de estrategias parecidas a las de Kentucky, que tengan en cuenta las circunstancias locales.

46 Entrevista con Susan Weston, *cit.*, 11 de agosto de 2011.

47 *Ibid.*

En 1973, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey declaró, en *Robinson vs. Cahill*,⁴⁸ que la ley de financiación escolar de Nueva Jersey era inconstitucional porque violaba el requisito de una “educación integral y eficiente” recogido en la Constitución del estado. El estado fue lento a la hora de implementar las reformas en casos anteriores, lo que produjo más de una docena de decisiones judiciales. El caso más famoso en Nueva Jersey es *Abbott vs. Burke*. Presentado en 1981, en representación de niños de escuelas públicas de cuatro ciudades de Nueva Jersey, *Abbott* demandó la constitucionalidad del sistema estatal de financiación educativa por crear desigualdades inaceptables entre los barrios suburbanos ricos y los centros urbanos pobres que no podían cubrir las necesidades de sus estudiantes.

En 1985, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey reconoció la complejidad del caso y lo remitió a las autoridades para una revisión administrativa especializada.⁴⁹ En 1990, una vez que los hechos fueron judicialmente establecidos, el Tribunal hizo una observación parecida a la de su homólogo de Nueva York y afirmó que “cuanto más pobre el distrito y mayores sus necesidades, menos cantidad de dinero tienen disponible y peor es la educación”.⁵⁰ Aunque la Corte se negó a declarar inconstitucional todo el sistema de financiación estatal de la educación (si bien dejó esto como una cuestión abierta que sentía que no se había decidido apropiadamente en ese momento), ratificó la decisión del juez administrativo de que los distritos de *Abbott* (28 en ese momento) no cumplían con su obligación de proporcionar una “educación integral y eficiente”.⁵¹

El Tribunal analizó la imposibilidad de proporcionar la misma financiación a los distritos pobres que a los ricos, y señaló que, teniendo en cuenta las necesidades más grandes de esos distritos pobres, equiparar la financiación podría no ser incluso el objetivo correcto, puesto que los estudiantes con mayores necesidades pueden requerir mayores recursos. Por tanto, el Tribunal le ordenó al órgano legislativo garantizar una financiación para los distritos de *Abbott* “sustancialmente equivalente” a la de los distritos más ricos de los alrededores y también garantizar programas complementarios apropiados dirigidos a solucionar las desigualdades extremas enfrentadas por los pobres.⁵²

48 303 A.2d 273

49 100 N.J. 269 (1985).

50 119 N.J. 287 (1990).

51 *Idem.*

52 *Idem.*

Posteriormente, Nueva Jersey aprobó una ley sobre calidad de la educación, la Quality Education Act (QEA), que representaba solo un aumento modesto de la financiación y nada parecido a la paridad. Una vez más, los distritos de Abbott demandaron la cuestión en el marco de la decisión de 1990 y, tras la directriz aprobada por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, el Tribunal de Instancia decidió encargarse de desarrollar un registro completo de todos los hechos. Este Tribunal concluyó que, conforme a la orden de 1990, la QEA era inconstitucional en lo relativo a los distritos Abbott.

En 1994, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey concordó con el Tribunal de Instancia y una vez más le ordenó al órgano legislativo del estado crear una equivalencia sustancial en la financiación y programas complementarios adecuados.⁵³ La segunda ley de financiación escolar provocada por la demanda Abbott fue otra ley de financiación y mejora del sistema escolar, la Comprehensive Education Improvement and Financing Act o (Ceifa). El Tribunal Supremo de Nueva Jersey volvió a ocuparse de la cuestión una vez más en 1997. Aunque dejó a criterio del estado la cuestión sobre la razonabilidad general de la Ceifa, determinó que el estado no había considerado las necesidades especiales y las desventajas de los pobres urbanos que vivían en los distritos Abbott y, por tanto, encontró que la Ceifa era inapropiada para cumplir con los requisitos constitucionales en esas áreas específicas.⁵⁴ El Tribunal ordenó una medida provisional y reafirmó en su orden que había que crear equivalencias sustanciales y programas complementarios hasta que esas necesidades pudieran evaluarse mejor.⁵⁵

Además, en ese momento el Tribunal adoptó una intervención más directa y ordenó la paridad en la financiación, lo que llevó a un aumento inmediato de la asistencia de US\$ 246 millones. Al pasarle ahora al estado la carga de la prueba, esa orden seguiría en vigor hasta que este pudiera “demostrar convincentemente” que los niños de las escuelas urbanas pobres podían obtener una educación apropiada con una financiación inferior a la paritaria.⁵⁶ El Tribunal de Instancia, al que se le devolvió el pleito, recibió la orden de desarrollar un registro con evidencias sobre la necesidad de programas suplementarios y de mejoras primordiales en las instalaciones.

El Tribunal, en apariencia frustrado por la falta de respuesta del estado, decidió asumir un papel más activo y ordenó programas

53 136 N.J. 444 (1994).

54 149 N.J. 145 (1997).

55 *Idem.*

56 *Idem.*

específicos (entre ellos educación temprana) y gastos en infraestructura escolar.⁵⁷ Asimismo, creó un proceso para que los distritos individuales buscaran fondos adicionales en caso de necesitar mayor apoyo.⁵⁸ Ese grado de intervención judicial no había tenido precedente en los casos de financiación escolar, pero es evidente que atendía varias necesidades imperativas e incuestionables. Además, ninguno de los casos sobre financiación escolar abordó la necesidad de dirigirse a los más desfavorecidos con asistencia adicional de manera tan directa como lo hicieron las decisiones Abbott.

Aun así, incluso con ese nivel de especificidad y participación del Tribunal, el cumplimiento demostró ser complicado. Durante la siguiente década, las partes volvieron repetidamente a los tribunales para resolver disputas y desacuerdos. Algunas de las intervenciones estuvieron relacionadas con aspectos específicos de las medidas judiciales, como si el estado estaba dándole a los distritos Abbott todos los elementos de un programa de educación preescolar de calidad.⁵⁹ Hubo intervenciones parecidas con respecto a la construcción de escuelas, a limitaciones presupuestales cuando el estado tenía restricciones fiscales y a la manera como se emprendió la mediación. Esto puede verse simultáneamente como un éxito y un fracaso desde la perspectiva de la implementación. Por un lado, las decisiones del Tribunal han sido eludidas en algunos casos y cumplidas en otros; por el otro, es un camino embrollado y conflictivo hacia la reforma institucional.

Tal vez buscando escapar del intenso nivel de involucramiento del Tribunal, en 2008 el órgano legislativo hizo otro intento por cumplir con Abbott mediante una nueva ley de financiación escolar, la School Funding Reform Act (SFRA). Tras la aprobación de la SFRA, el Estado buscó una opinión del Tribunal para que declarara que esta cumplía con todos los requisitos constitucionales y que la implementación de las decisiones previas a Abbott “ya no era necesaria”. Después de remitir el asunto a otra autoridad y del desarrollo de un registro de los hechos, el Tribunal declaró la SFRA constitucional para todos los distritos, pero ordenó que la nueva fórmula estuviera totalmente financiada durante tres años y que después fuera revisada en profundidad para determinar si estaba cumpliendo los estándares constitucionales o necesitaba ajustes.⁶⁰ En esas condiciones, el Tribunal retiró el requisito de paridad y de financiación adicional para los distritos Abbott.

57 153 N.J. 480 (1998).

58 *Idem.*

59 163 N.J. 95 (2000).

60 199 N.J. 140; 971 A.2d 989 (2009).

En 2010, el estado incumplió sus compromisos y recortó en un 14 % la ayuda estatal en aplicación de la fórmula SFRA. Una vez más, se le pidió al Tribunal intervenir. Remitido el asunto a un juez de instancia, este determinó que la fórmula SFRA estaba financiando insuficientemente en un 19 % las escuelas, y no apoyaba los programas necesarios para satisfacer los estándares académicos del estado. En 2011, el Tribunal Supremo determinó que los recortes crearon daños “importantes y de consecuencias inevitables” a los niños en riesgo y los describieron como un “golpe real significativo y sustantivo” al derecho a la educación. Una vez más, el Tribunal ordenó al órgano legislativo financiar completamente la fórmula para 2012 en 31 áreas urbanas de gran necesidad. Transcurridos más de veinte años desde la presentación original del caso, los esfuerzos por lograr el cumplimiento continúan.

Esos vigorosos esfuerzos dirigidos al cumplimiento no han solucionado todas las deficiencias educativas en los distritos Abbott. No obstante, las distancias entre logros de los estudiantes se han reducido. De 1999 a 2007, los puntajes en las pruebas de matemáticas entre los distritos Abbott y no Abbott se redujeron de 31 puntos a 19, por dar un ejemplo (Policy, 2009). A medida que los estudiantes se hacían mayores, los efectos en las distancias entre los logros estudiantiles se hacían cada vez más pequeños (por ejemplo, la distancia entre logros no se reducía en las escuelas de secundaria), pero Nueva Jersey tiene la tasa de graduación de la escuela secundaria para varones afrodescendientes más alta del país (un grupo que sufre de abandono escolar de forma desproporcionada frente al resto) (Policy, 2009). Sin embargo, no hay duda de que la diferencia de oportunidades entre los estudiantes pobres y los de clase media o ricos (en Nueva Jersey y también en el resto del país) sigue siendo aguda y plantea graves cuestiones morales sobre la equidad y la igualdad en la sociedad estadounidense.

Aunque el panorama es diferente al de Kentucky, Nueva Jersey también supuso un vigoroso esfuerzo de la sociedad civil para lograr la equidad en la educación. El Education Law Center (ELC) ha sido el brazo procesal de la sociedad civil de Nueva Jersey durante tres décadas, y ha estado siempre listo para regresar a los tribunales cuando fue necesario para garantizar la implementación. Por ejemplo, grupos como el Education Organizing Committee (SEOC), que tiene representación Newark (One Newark Educational Coalition) y Jersey City (Jersey City Educational Organizing Committee) trabajan para apoyar las campañas sobre educación en el estado. Esos grupos, unidos al ELC, forman la New Jersey Education Organizing Collaborative (NJEOC). La NJEOC apoya los esfuerzos de las bases sociales para implementar las reformas ordenadas en los casos Abbott por el Tribunal Supremo,

y aumentó la participación parental y comunitaria en las discusiones sobre política educativa. Esos esfuerzos de organización social y comunitaria fueron cruciales para mantener el apoyo a la implementación de Abbott. Paul Tractenberg, uno de los principales abogados en el caso Abbott, señaló en una entrevista por correo electrónico:

Aunque es cierto que hubo poca participación comunitaria organizada en los primeros años, en especial en el periodo de *Robinson vs. Cahill* (1970-1977), Abbott fue en cierta forma diferente aun en sus primeros años y es considerablemente diferente ahora. Hace cinco o seis años, Junius Williams, un defensor comunitario de vieja data y gestor del Education Law Center, creó el Abbott Leadership Institute [ALI]. El programa de ALI está diseñado para educar y movilizar a la comunidad para apoyar la implementación de Abbott, y lo ha hecho con considerable éxito, incluyendo la movilización de jóvenes. En tiempos más recientes, pero desde hace ya varios años, el Education Law Center lideró la creación de Our Children/Our Schools (Nuestros hijos/ nuestras escuelas) [NJEOC], una coalición de muchas organizaciones activistas, comunitarias y cívicas. Hay una reunión mensual con una agenda larga y sustantiva, y discusiones animadas que llevan a compromisos de acción. Aun así, es evidente que necesitamos ampliar y profundizar la participación de la comunidad y otros interesados. Si nuestro gobernador se sale con la suya [...] puede tener éxito en reconfigurar el Tribunal Supremo de Nueva Jersey a un punto en el que ya no proporcione ninguna guía constitucional significativa ni obligue a hacer cumplir los derechos constitucionales de los niños pobres.

Es de destacar el Abbott Leadership Institute, un instituto que sigue el modelo de Kentucky de formación de padres líderes. Aunque ha llegado a menos padres que Prichard (unos 500), todavía se lo considera generalmente como una de las estructuras más efectivas en el estado para exigir responsabilidad por la ejecución de las decisiones constitucionales dictadas por el Tribunal Supremo.

El papel de los movimientos sociales para hacer efectivas las victorias legales

Los casos anteriores implican que la actividad de los movimientos sociales tiene un papel importante, cuando no esencial, para determinar el impacto de los tribunales y de las sentencias. A los esfuerzos en pro de la educación en Texas, a pesar de las ganancias iniciales, les ha ido considerablemente peor que a los de Kentucky, Nueva Jersey y Nueva York, donde los defensores han dedicado más tiempo y recursos a la movilización. Kentucky y Nueva Jersey han experimentado los efectos más profundos.

Por tanto, parece que el nivel y la forma de la participación del

movimiento social definieron en gran medida lo que era posible lograr mediante los tribunales. Expresado con mayor precisión, quizá la actividad de los movimientos sociales influyó los resultados en el sector educativo, y una parte de esa actividad fue acudir a los tribunales. Al mismo tiempo, las circunstancias sociales y políticas fueron elementos importantes para definir los logros de los movimientos sociales, y lo que pretendían los miembros de los movimientos. Para los defensores de los derechos en Kentucky, las circunstancias sociales y políticas adecuadas fueron tan importantes como la impresionante actividad que generaron, mientras que los defensores en Nueva York tuvieron circunstancias adversas que disiparon su increíble victoria en medio de la crisis económica. Eso es congruente con numerosas obras académicas que tratan de la naturaleza relativamente sensible a la política del sistema judicial estadounidense (véase, por ejemplo, Kagan, 2003). También se ajusta a los ejemplos históricos más antiguos de los movimientos de escuelas públicas y derechos civiles. En ambos casos, el derecho vino después del crecimiento y la aceptación de poderosos movimientos sociales.

Hay una importante literatura jurídica académica en Estados Unidos sobre el papel de la sociedad civil en el desarrollo de las normas constitucionales, en especial en el ámbito nacional. En el mundo académico del derecho, la mayoría del trabajo se concentra en los efectos del desarrollo de normas sociales a partir de decisiones judiciales y doctrinas constitucionales (véase, por ejemplo, Seigel, 2004, pp. 1474-1475; 2009, 2006; Balkin, 2005; Eskridge, 2002). Ese trabajo académico subraya la importancia de los movimientos sociales para los cambios jurídicos, y destaca la idea de cambiar las culturas constitucionales y también la conjetura de que los tribunales en general responden a los cambios sociales, antes que provocarlos ellos mismos (Balkin, 2004, p. 1546). Los estudios de caso en este artículo podrían interpretarse como un apoyo adicional a estas teorías, aunque ese no es nuestro principal objetivo. Además, algunos científicos sociales, entre quienes cabe destacar a Gerald Rosenberg (2008), han cuestionado la capacidad del Tribunal Supremo de Estados Unidos (o la capacidad de los movimientos sociales mediante el uso de los tribunales) para lograr cambios sociales amplios o significativos, debido a las restricciones acerca de qué derechos son reconocidos constitucionalmente, y a la falta de suficientes herramientas institucionales o de poderes de ejecución de los tribunales (específicamente no poder aprobar legislación, elaborar presupuestos ni gestionar organismos administrativos). Rosenberg concluye que los tribunales estadounidenses “casi nunca son productores efectivos de reformas sociales significativas” (p. 422), y que las decisiones judiciales no son necesarias ni suficientes para conseguir reformas significativas.

Los estudios de caso aquí presentados apoyan las conclusiones de Rosenberg quien señala que los esfuerzos de los tribunales estadounidenses están constreñidos (de hecho, por más factores de los que enumera) y que la actividad no judicial es crucial para el cambio social en el campo de los derechos sociales y económicos en Estados Unidos. Sin embargo, como otros críticos de Rosenberg (véase, por ejemplo, McCann, 1992, pp. 722-730, 735-737; 1994), nosotros cuestionamos la conclusión extrema de que las decisiones judiciales son en general inútiles o, peor, una distracción para los miembros de los movimientos sociales, en gran parte debido a la dificultad, cuando no a la imposibilidad, de separar totalmente los efectos de las demandas judiciales de otros esfuerzos y causas del cambio social. En lugar de eso, buscamos plantear preguntas sobre la interacción multivalente entre las actividades de los movimientos y tribunales estadounidenses en promover el cambio social. Las decisiones judiciales no se toman, como es evidente, en un vacío social, y deberíamos considerar la variedad de factores que influyen (para limitar o facilitar) la capacidad de los miembros de movimientos sociales para promover y, en determinados momentos, perseguir reconocimientos significativos de derechos o su cumplimiento.

De estos estudios de caso cabe deducir que hay parámetros externos e internos fundamentales de lo que es posible, es decir, factores que limitan o facilitan el cumplimiento de los derechos. Entre los parámetros internos está la infraestructura de los movimientos sociales, incluidas redes sólidas, comités, desarrollo de liderazgo y reclutamiento de miembros competentes y respetados de la sociedad, estrategia, recursos, tácticas, conciencia sobre los derechos y comprensión del problema social, así como relaciones con los medios de comunicación. A este respecto, un liderazgo sostenido y creíble entre las bases sociales y las élites parece ser uno de los factores más críticos, y formar un liderazgo amplio y sólido entre las bases ciudadanas fue uno de los factores que tuvieron en común Nueva Jersey y Kentucky. Al mismo tiempo, esos parámetros internos están constreñidos y favorecidos por parámetros externos, entre ellos las condiciones sociales, políticas y económicas existentes y las infraestructuras presentes. Entre los principales factores externos estarían la estructura y la respuesta de los medios de comunicación, la receptividad pública y la comprensión previa del problema y de las relaciones relevantes, los acuerdos institucionales *ex ante*, la situación política y económica, y las condiciones demográficas.

En Kentucky, la decisión judicial creó espacios políticos —y justificaciones políticas— para que los líderes del órgano legislativo reformaran de manera más extensa el sistema educativo, a fin de que los movimientos sociales consiguieran apoyo adicional a su solicitud de

reforma educativa, y para modificar el discurso público sobre el derecho a la educación (mediante la cobertura de los medios de comunicación, reuniones en las alcaldías y anuncios publicitarios patrocinados por las empresas), con lo que se apoyaría la visión de que, si bien las decisiones judiciales no son suficientes para lograr el cambio social, pueden actuar como uno de muchos elementos para reformar las normas y promover el cumplimiento de los derechos. Al mismo tiempo, los estudios apoyan la conclusión de que, con el paso del tiempo, en cada uno de los estados estudiados, el apoyo y el interés públicos, incluido el de muchos de los líderes de los movimientos sociales, se diluyó desde el momento de la decisión judicial, aunque no confirman la tesis más fuerte de Rosenberg de que el apoyo de las élites se ve atenuado por causa del propio reconocimiento judicial. Es decir, nuestro estudio de los casos muestra que los factores que apoyan el cumplimiento del derecho a la educación, incluida la reorganización institucional, pueden captar la atención del público y de los movimientos sociales solo durante un lapso determinado, cuando se alinean varios parámetros internos y externos. Asimismo, como se reflejó en los estudios de caso, es de destacar que Nueva Jersey —un estado del norte con una constitución progresista, con un discurso sobre las deficiencias de la educación y el sistema educativo que sostenía que estas reflejaban en gran parte las divisiones raciales y económicas, y buscaba medidas remediales dirigidas a los niños más necesitados— y Kentucky —un estado del sur, con un lenguaje constitucional débil, con una población racial y económicamente más homogénea y un remedio más universal— son los dos ejemplos con más elementos en común en cuanto a los efectos sostenibles de los resultados educativos. Las diferencias subrayan la dinámica compleja y multivalente de los parámetros internos y externos en contextos especiales.

En sentido contrario, podríamos preguntarnos por qué la educación se convirtió en la excepción como derecho social aceptado en Estados Unidos, y por qué no se han desarrollado movimientos parecidos en torno a otros derechos económicos y sociales, o las decisiones de los tribunales no los han reconocido. En primera instancia, al menos una gran limitación para el reconocimiento judicial de otros derechos económicos y sociales la plantea cuáles son los derechos incluidos en las constituciones federales y la estatal. Esa restricción está todavía más arraigada en lo que concierne a la actividad de los movimientos sociales y al cambio social, dada la forma inusualmente difícil de modificar la Constitución estadounidense (por dos tercios de ambas cámaras del Congreso seguida por la ratificación de tres cuartos de los órganos legislativos estatales, o por una asamblea constituyente convocada por

dos tercios de los órganos legislativos de los estados, o si es una enmienda, por tres cuartos de los órganos legislativos). La realidad política hace muy improbable cualquier enmienda de ese tipo en el futuro previsible. Esa fuerte restricción explica en parte la excepcionalidad del derecho a la educación en Estados Unidos, y también la movilización y los esfuerzos dirigidos a aprobar legislación nacional amplia sobre otros derechos económicos y sociales, como el ejemplo notable de la reciente aprobación de la ley nacional sobre servicios de salud. El movimiento por los derechos a la igualdad y el matrimonio de los miembros de la población LGBT sería una de las otras escasas excepciones, en la medida en que ese movimiento ha conseguido algún reconocimiento judicial estatal y federal. En concordancia con los estudios de caso sobre la educación aquí estudiados, el movimiento nacional de la comunidad LGBT estuvo consiguiendo apoyo público durante muchos años antes de llegar a los recientes éxitos judiciales; lograron tener líderes competentes, creíbles y bien conocidos, y formaron y utilizaron sus fuertes vínculos con los medios de comunicación y las empresas para promover debates sobre los derechos de los LGBT y cambiar la opinión pública, sobre todo con respecto al matrimonio de personas del mismo sexo. Sin embargo, uno de los parámetros que facilita el éxito del movimiento en favor del matrimonio de personas del mismo sexo, y que lo hace diferente de otras luchas por los derechos económicos y sociales, incluida la educación, es que no buscó una reorganización general de las relaciones institucionales y económicas, como sí lo pretendió y consiguió el movimiento en pro de los derechos civiles y el de la reforma escolar. Así, otros movimientos, y los éxitos y las restricciones que los caracterizan, refuerzan la conclusión de que múltiples parámetros interactúan para definir el espacio de cambio social posible.

En este momento, el discurso político con respecto al valor de la igualdad económica está cambiando de manera significativa. Mientras continúe la actividad para mantener y garantizar el cumplimiento de las decisiones sobre temas de financiación escolar, como mínimo, ese cambio en el discurso nacional puede alimentar esos esfuerzos. De hecho, cada vez es más aceptado hablar de la desigualdad económica de manera expresa, e incluso es beneficioso políticamente. Por tanto, las cuestiones de financiación escolar pueden intervenir potencialmente en un diálogo político y social más general que refuerce la necesidad de reestructurar bien cómo asignamos recursos a las escuelas; un diálogo no solo al interior de los estados, sino también entre ellos.

Por último, es importante recordar que los movimientos sociales también pierden batallas, aunque ganen la guerra a largo plazo. El estudio de caso de Texas podría valorarse fácilmente como un fracaso

si se tuviera en cuenta un plazo estrecho de tiempo, como también pasaría si consideráramos la supresión del cargo de superintendente escolar estatal en Connecticut a principios del siglo XX. Asimismo, podría entenderse que iniciativas adoptadas durante la era de los derechos civiles fueron un fracaso relativo, teniendo en cuenta la vuelta a la segregación de facto con el transcurso del tiempo y las brutales desigualdades económicas. Sin embargo, si se valoran en un periodo temporal más grande, esas acciones pueden haber contribuido a crear tendencias sociales, nuevas normas y cambios hacia una sociedad más justa. Sientan las bases de una nueva estructura para la educación al oponerse a la existente, al crear un discurso político, e incluso muestran el costo del fracaso comparado con los beneficios del éxito en otros lugares. Creemos que si bien los movimientos sociales fuertes son la mejor vía para lograr un cumplimiento firme y sostenible, los intentos por conseguir el cumplimiento, aun aquellos que fracasan o son revertidos, también pueden alimentar los cambios sociales a largo plazo. No deberían verse como universos paralelos, sin relación entre sí, sino que deberíamos garantizar que reflexionamos y actuamos a partir de la relación potencialmente sinérgica entre los dos; también es importante evitar estrategias que drenen la energía de los movimientos sociales al volcarse solo sobre estrategias judiciales, sin crear la capacidad a largo plazo que necesitan esos movimientos.

Conclusiones

La cuestión de cómo los movimientos sociales y otras actividades de la sociedad civil están relacionados con la ejecución exitosa de sentencias sobre derechos económicos y sociales en Estados Unidos requiere un análisis y un estudio más profundo del que este capítulo puede proporcionar para llegar a conclusiones más definitivas. Sin embargo, a partir de consideraciones iniciales del problema, para garantizar un cumplimiento firme por parte de los tribunales y otras ramas del Gobierno en Estados Unidos parecen ser necesarios, aunque no suficientes, esfuerzos de los movimientos sociales y de la sociedad civil, que logren generar o capitalizar condiciones sociales que lleven a mejorar los resultados del cumplimiento. Las acciones ante los tribunales que no sean parte, ni estén precedidas, por esfuerzos sociales más profundos o amplios, sufren de falta de apoyo a lo largo del tiempo y tienen un mayor riesgo de ser revertidas o no cumplidas. A su vez, si bien los tribunales tienen una capacidad limitada de producir cambios estructurales, que es lo que buscan en último término los movimientos más osados — como vimos en Kentucky —, pueden crear un espacio político

y contribuir a “mover la brújula” del discurso público dentro de los parámetros que permite su contexto social.

Como en el caso de la reforma educativa, incluso las ganancias más sostenibles conseguidas por los esfuerzos de la sociedad civil local pueden verse limitadas por estructuras más generales de ámbito nacional y global. Por ejemplo, existen disparidades educativas más grandes entre los estados de Estados Unidos que al interior de ellos; por consiguiente, pueden ser necesarios movimientos nacionales o globales para hacer plenamente efectivos ciertos derechos sociales o económicos en el país. La cuestión sigue siendo, entonces, qué parámetros de lo posible tienen que existir en un momento histórico concreto para permitir cambios nacionales, y si esos parámetros son más fáciles de alinear, o más difíciles de promover o predecir, que aquellos necesarios para conseguir cambios locales sostenibles. Con independencia de esto, la participación local continuada sigue siendo un elemento necesario de la realización exitosa y sostenible de los derechos económicos y sociales en Estados Unidos.

Referencias

- Ackerman, B. (1998). *We the People: Transformations*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Ackerman, B. y Nou, J. (2009). Canonizing the civil rights revolution: The people and the poll tax. *Nw. U. L. Rev.*, 103 (1), 68-148.
- Adams, J. E. Jr. (1993). School finance reform and systemic school change: Reconstituting Kentucky's public schools. *J. Edu. Finance*, 18 (4), 318-345.
- Albisa, C. y Schultz, J. (2009). The United States: A ragged patchwork. En Langford, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 230-249). Cambridge: Cambridge University Press.
- Anderson, C. (2003). *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights 1944-1955*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Balkin, J. M. (2004). What Brown teaches us about constitutional theory. *Va. L. Rev.*, 90 (6), 1537-1577.
- Balkin, J. M. (2005). How social movements change (or fail to change) the Constitution: The case of the New Departure. *Suffolk L. Rev.*, 39 (27), 27-65.
- Banks, J. (1992). Note, state constitutional analyses of public school finance reform cases: Myth or methodology? *Vand. L. Rev.*, 45, 129-160.
- Darling, B. (2009). The individual mandate in Obamacare is unconstitutional. Blog, The Foundry, 9 de diciembre. Recuperado

de <http://blog.heritage.org/2009/12/09/the-individual-mandate-in-obamacare-is-unconstitutional/>

Eskridge, W. (2002). Some effects of identity-based movements on constitutional law in the twentieth century. *Mich. L. Rev.*, 100 (8), 2062-2184.

Eskridge, W. y Ferejohn, J. (2001). Super Statutes. *Duke L. J.*, 53, 1215-1276.

Eskridge, W. y Ferejohn, J. (2009). *A Republic of Statutes: The New American Constitution*. New Haven: Yale University Press.

Forbath, W. (2009). Social and economic rights in the American grain: Reclaiming constitutional political economy. En Balkin, J. y Siegel, R. (eds.). *The Constitution in 2020* (pp. 55-68). Oxford: Oxford University Press.

Foster, J. (1999). *Redesigning Public Education: The Kentucky Experience*. Lexington, KY: Diversity Enterprises Inc.

Goluboff, R. (2005). Let economic equality take care of itself: The NAACP, labour litigation and the making of civil rights in the 1940's. *UCLA L. Rev.*, 52, 1393-1486.

Gittel, M. (1998) (ed.). *Strategies for School Equity: Creating Productive Schools in a Just Society*. New Haven: Yale University Press.

Henkin, L. (1995). U.S. Ratification of Human Rights Conventions: The ghost of senator Bricker. *Am J. Int'l L.*, 89 (2), 341-350.

Imazeki, J. y Reschovsky, A. (2003). School finance reform in Texas: A never ending story? Recuperado de <http://www-rohan.sdsu.edu/~jimazeki/papers/TXSchlFin0503.pdf>

Kaestle, C. F. (2007). Victory of the common school movement: A turning point in american educational history. En U.S Department of State. *Historians on America*. US Department of State, Bureau of International Information Programs. Recuperado de <http://www.america.gov/st/educ-english/2008/April/20080423212501eafas0.8516133.html>

Kagan, R. A. (2003). *Adversarial Legalism: The American Way of Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

King, J. A. (2014). Two ironies about American exceptionalism over social rights. *ICON*, 12 (3), 572-602.

Kramer, L. (2002). Achieving equitable education through the courts: A comparative analysis of three states. *J. L. & Educ.*, 31 (1), 1-51.

McCann, M. W. (1992). Reform litigation on trial. *Law & Social Inquiry*, 17 (4), 715-743.

McCann, M. W. (1994). *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: University Chicago Press.

Miller, M. (2008). *Nationalize the Schools (...A Little)!* Washington: Centre for American Progress.

- Policy (2009). New Jersey's decades-long school finance case: So, what's the payoff? Teachers College Columbia University. Recuperado de <http://www.tc.edu/news.htm?articleID=7240>
- Post, R. y Siegel, R. Legislative constitutionalism and section five power: Policentric interpretation of the Family and Medical Leave Act. *Yale L. J.*, 112 (8), 1943-2059.
- Roosevelt, F. D. (1934). Message to Congress reviewing the broad objectives and accomplishments of the administration. Discurso, Washington, D.C.
- Roosevelt, F. D. (1944). State of the Union Message to Congress. Discurso, Washington, D.C.
- Rosenberg, G. N. (2008). *Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University Chicago Press.
- Rothstein, R. (2000). Equalizing education resources on behalf of disadvantaged children. En Kahlenberg, R. (ed.). *A Nation at Risk: Preserving Public Education as an Engine for Social Mobility* (pp. 31-92). New York: Century Foundation.
- Sexton, R. (2004). *Mobilizing Citizens for Better Schools*. New York: Teachers of College Press.
- Siegel, R. (2004). Equality Talk: Antisubordination and anticlassification values in constitutional struggles over brown. *Harv. L. Rev.*, 117 (5), 1470-1547.
- Siegel, R. (2006). Constitutional culture, social movement conflict, and constitutional change: The case of the de facto era. *Cal. L. Rev.*, 94 (5), 1323-1420.
- Siegel, R. (2008). Death or alive: Originalism as popular constitutionalism in Heller. *Harv. L. Rev.*, 122 (1), 191-245.
- Siegel, R. (2009). Heller & originalism's dead hand — In theory and practice. *UCLA L. Rev.*, 56, 1399.
- Sunstein, C. R. (2004). *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. New York: Basic Books.
- Sunstein, C. R. y Barnett, R. E. (2004). Constitutive commitments and Roosevelt's Second Bill of Rights: A dialogue. *Drake L. Rev.*, 53, 205-229.
- Taylor, O. (1836). Common school assistant: A monthly paper for the improvement of common school education. *Albany*, 1.
- Trachtenberg, P. L. (s.f.). Education provisions in state constitutions: A summary of a chapter for the state constitutions for the twenty-first century project. Recuperado de <http://camlaw.rutgers.edu/statecon/subpapers/trachtenberg.pdf>
- Whelan, D. J. (2005). The United States and Economic and Social Rights: Past, Present... and Future? Human Rights and Human Welfare. Working Paper 26.

9. India: cumplimiento de las órdenes sobre el derecho a la alimentación

*Poorvi Chitalkar y
Varun Gauri*

En los últimos años ha habido un aumento de la legalización de derechos socioeconómicos, en el contexto de lo que se describe a menudo como una “revolución de los derechos” por parte de los jueces (Epp, 1998). Durante la tercera ola mundial de democratización aumentó el número de derechos sustantivos consagrados en las constituciones y, desde entonces, ha seguido en ascenso. Los tribunales de todo el mundo han aprobado decisiones de hondo alcance relativas a los derechos sociales y económicos y, al hacerlo, a veces han cambiado el panorama de la política pública (Gauri y Brinks, 2008a).

Los jueces indios no son la excepción. Desde los años ochenta han expandido de forma significativa el ámbito de los derechos socioeconómicos. La Constitución india enumera varios derechos civiles y políticos que considera “derechos fundamentales” exigibles ante los tribunales, y también señala prioridades socioeconómicas esenciales como principios no justiciables que serían objetivos y deberes del Estado, llamadas Directrices de la Política Estatal. Esas directrices pretendían guiar la acción de los poderes Ejecutivo y Legislativo, pero no se hicieron exigibles ante los tribunales con el fin de darle al nuevo Estado independiente discrecionalidad para ponderar las diversas prioridades conforme a su capacidad económica (Austin, 1966).

En una serie de decisiones clave, los tribunales indios han transformado lo que en otra época eran derechos no exigibles judicialmente, como los derechos a la educación básica, la salud, la alimentación y un medioambiente limpio, en derechos exigibles ante los tribunales. Lo han hecho sobre todo mediante el uso de demandas judiciales de interés público, que son una innovación judicial que ha permitido a los ciudadanos acceder a los tribunales de una forma más simple y económica. Mediante demandas judiciales de derecho de interés público (DIP), principalmente, los tribunales indios han adoptado una interpretación expansiva del “derecho a la vida” y han incorporado a su

ámbito varias protecciones del debido proceso a los derechos civiles y políticos, así como obligaciones positivas con respecto a los derechos económicos y sociales.

Si bien se ha debatido el grado de activismo judicial de los tribunales indios y se ha estudiado en profundidad la práctica del DIP, el centro de atención de la literatura en ambos campos de análisis ha sido la legitimidad de las acciones de los tribunales. En tiempos más recientes se han escrito algunos análisis valiosos sobre el efecto de las decisiones judiciales en la educación y la política de salud (Shankar y Mehta, 2010), y se han realizado investigaciones acerca de los beneficiarios de los procesos judiciales sobre derechos socioeconómicos (Brinks y Gauri, 2014; Gauri, 2011; Rajagopal, 2007). En resumen, hay poca investigación sistemática sobre la efectividad de las intervenciones de los tribunales indios en materia de derechos sociales y económicos. ¿En qué medida se implementan las decisiones sobre derechos sociales y económicos? ¿Qué explica el nivel de cumplimiento de una decisión? ¿Hay factores específicos que faciliten mayor cumplimiento?

Este capítulo intenta contribuir a la literatura concentrándose en la cuestión del cumplimiento de las decisiones de los tribunales indios sobre el derecho a la alimentación. La segunda sección del capítulo describe la situación general y el reto de la seguridad alimentaria en India, destacando la urgencia que rodea las intervenciones de los tribunales. La tercera sección describe la intervención de los tribunales en materia de derecho a la salud. Comenzamos con un panorama de las demandas judiciales de interés público sobre derechos sociales y económicos. Luego investigamos las primeras intervenciones de los tribunales que se ocuparon de las reclamaciones sobre seguridad alimentaria; la decisión más significativa del Tribunal Supremo sobre el derecho a la alimentación ha sido el caso *People's Union for civil Liberties vs. Union of India* (el caso del "derecho a la alimentación"), que se examinará después en mayor detalle. La sección 4 estudia la experiencia con respecto al cumplimiento. La quinta sección explora los factores que influyen al cumplimiento de la decisión del Tribunal Supremo en el estudio de caso del derecho a la alimentación.

Encontramos que el estudio de caso sobre el derecho a la alimentación representa un punto de quiebre sobre la cuestión de la seguridad alimentaria; argumentamos que una combinación de factores que inciden en la oferta y la demanda se cruzaron para que fuera así. En el lado de la oferta, el enfoque del Tribunal con respecto a este caso fue notablemente diferente del que había adoptado en casos previos. Introdujo un enfoque vigoroso con respecto al seguimiento del cumplimiento al nombrar comisionados que supervisarán la implementación

de sus órdenes, hizo averiguaciones, informó sobre los incumplimientos y realizó recomendaciones. Además, el Tribunal encontró un aliado significativo en la sociedad civil, que contribuyó a la legitimidad de las acciones del Tribunal y, en última instancia, al cumplimiento de sus decisiones. En concreto, la vinculación recíproca entre los procesos judiciales, la sociedad civil movida por “la campaña del derecho a la alimentación” y los comisionados nombrados por el Tribunal contribuyeron en gran medida al éxito del caso. Por el lado de la demanda, el entorno del caso del derecho a la alimentación era favorable, pues recibió un grado de atención mucho mayor por parte de la opinión pública y los medios de comunicación. En parte eso puede deberse al dinamismo del Tribunal, pero también puede reflejar un cambio en las actitudes y los valores públicos; la mayor visibilidad de la cuestión y de sus decisiones haría más difícil el incumplimiento. Por último, el entorno político y económico predominante en India facilitó también el cumplimiento de las decisiones.

Hambre y malnutrición en India

India ha sido testigo de un periodo de considerable crecimiento económico durante las dos últimas décadas. El producto interno bruto per cápita creció más de diez veces entre 1993 y 2012 (World Bank, 2013).¹ La producción nacional de alimentos también ha crecido un 106 % entre 1951 y 2000 (Caplin, 2008). A pesar de esto, India es uno de los países peor alimentados del mundo y el estado de la seguridad alimentaria y nutricional solo cabe describirse como de fracaso catastrófico (Dreze, 2004).

El 44 % de los niños menores de cinco años, más que en ningún otro país del mundo, están por debajo del peso adecuado para su edad (Caplin, 2008). En 2015, India ocupaba el puesto 55 de 76 en el Índice Global del Hambre del International del Food Policy Research Institute, que combina tres indicadores a los que se les otorga el mismo peso. Hubo una mejora clara en el desempeño de India medido por este índice entre 1990 y 1996, cuando la puntuación cayó de 30,3 a 22,6 (una puntuación por encima de 10 es considerada “grave”, por encima de 20 “alarmante” y por encima de 30 “extremadamente alarmante”). Sin embargo, desde entonces, el progreso se ha estancado y a pesar de una pequeña mejora en 2001, la puntuación ha regresado casi a los niveles

1 El PIB per cápita ajustado a la paridad de poder adquisitivo fue de 330 en 1993, de 1.830 en 2003, y en 2012 llegó a 3.840.

de 1996.² Es posible que la mala situación sanitaria india sea en parte responsable de los niveles de malnutrición (Spears, 2012).³

Es paradójico que India experimente el hambre en medio de la abundancia. Desde los años setenta, la Food Corporation of India (FCI) (una empresa pública creada por el Gobierno en 1964, responsable de la contratación pública y el almacenamiento de granos para la alimentación humana en India) ha mantenido reservas de alimentos para emergencias. Aunque se le exige mantener 32 millones de toneladas métricas de arroz y trigo como reserva, las estimaciones más recientes sugieren que tiene más de 80 millones de toneladas métricas almacenadas.⁴

La principal razón de por qué esas enormes reservas se pudren en los almacenes del Estado y no llegan a los pobres es el gigantesco pero deficiente sistema público de distribución (SPD). Desde la década de los cincuenta, el Gobierno indio tiene un complejo sistema mediante el que compra los alimentos a los agricultores y se los proporciona luego a los identificados como pobres a tasas subsidiadas mediante una red de tiendas certificadas por el Estado. Los gobiernos estatales y central de India gestionan el SPD de forma conjunta. Mientras que el Gobierno central realiza las compras, el almacenamiento, el transporte y la asignación, los estados son los responsables de la distribución mediante tiendas de precios justos, la identificación de familias que están por debajo de la línea de pobreza, la supervisión y la vigilancia (Kattumuri, 2011). En consecuencia, hay algunas diferencias sustanciales con respecto al desempeño de los sistemas de SPD entre los distintos estados.

El SPD fue creado con tres objetivos principales: garantizar un mínimo de apoyo a los agricultores para apoyar su forma de vida; controlar los precios de mercado mediante el almacenamiento y la venta controlada, y hacer el grano accesible a los pobres mediante ventas subsidiadas a través de tiendas de precio justo (Nayak, 2007). Con una red de más de 46,2 millones de tiendas de precio justo, el SPD es la red más grande de esa clase existente en el mundo.

No obstante, el SPD padece una corrupción endémica. En el norte de India, cerca de la mitad del grano del SPD disponible para su distribución entre hogares pobres acaba en el mercado negro. En Bihar y Jharkhand esa cifra llega al 80 % (Dreze, 2004). En 1997, el Gobierno reemplazó el SPD con un SPD selectivo, según el cual los granos se ofrecerían a precios bajos a hogares cuyos ingresos y activos estuvieran

2 Véase <http://www.ifpri.org/sites/default/files/publications/ghi12.pdf>.

3 Spears (2012). Princetown, 2012.

4 Véase <http://fciweb.nic.in>.

por debajo de la línea de pobreza (DLP). Las deficiencias de la selección mediante DLP han contribuido también a las ineficiencias del SPD, puesto que excluye a una gran parte de los pobres de India debido al límite tan bajo para cualificar, unido a la dificultad de identificar a los destinatarios. La selectividad también crea una división entre los grupos que están “por encima de la línea de pobreza” y los grupos DLP, y lo que es un derecho intencionalmente selectivo se convierte en un privilegio causante de divisiones (Dreze y Sen, 2011).

Las deficiencias del SPD, combinadas con gobiernos clientelistas, desigualdades persistentes y una opinión pública históricamente apática han contribuido a la hambruna y la malnutrición. El hambre persistente y la hambruna en medio de una situación de abundancia indicarían que en la raíz de la inseguridad alimentaria en India lo que hay es un problema de gobernanza.

Los jueces y el derecho a la alimentación

Desde la década de los ochenta, los tribunales de India han convertido los derechos sociales y económicos, que en la Constitución estaban estructurados como principios de gobierno no exigibles en los tribunales, en derechos legalmente exigibles. Esta sección estudia la intervención de los tribunales a la hora de definir y hacer cumplir el derecho a la alimentación en concreto. Analizamos los primeros casos (años ochenta) que constituyen intentos de los jueces por abrir un espacio a un derecho a la alimentación legalmente exigible (la repercusión de esos casos fue limitada). Luego estudiamos el punto de quiebre para las demandas judiciales sobre derecho a la alimentación y, más en general, el movimiento en pro de este derecho (el caso PUCL). No obstante, antes de entrar a analizar estos casos explicamos de manera breve la herramienta usada por el Tribunal para atender las reclamaciones sobre derechos socioeconómicos, es decir, las demandas judiciales de derecho de interés público.

Las demandas judiciales de interés público

Poco tiempo después de la independencia de India en 1947, comenzó una lucha entre los poderes Ejecutivo y Judicial (Dua, 1983). Las primeras batallas concernieron a las políticas socialistas del partido del Congreso con las que el Gobierno buscaba la reforma agraria, la redistribución equitativa de la tenencia de la tierra y la adquisición de tierras para fines públicos. También fue muy debatido el alcance de la competencia de control constitucional de los tribunales. El Tribunal Supremo estableció en última instancia su supremacía al declarar que el parlamento indio

no podía alterar la estructura básica de la Constitución (lo que constituía esa estructura básica iba a ser decidido por el Tribunal).

Sin embargo, la hora más oscura de la democracia india tuvo lugar con la declaración de un estado de excepción nacional por Indira Gandhi el 26 de junio de 1975. Se suspendieron los derechos fundamentales, incluido el derecho a la libertad personal, el derecho a la seguridad en casos de detención preventiva y el derecho de recurrir a los tribunales para hacer cumplir los derechos fundamentales. En un reconocimiento extremo de la autoridad gubernamental, el Tribunal Supremo, que hasta ese momento había intervenido para anular el ejercicio arbitrario de la acción ejecutiva, declaró la validez de la suspensión de los derechos fundamentales por una mayoría de 4 a 1 en el caso histórico de *ADM Jabalpur vs. Shivakant Shukla*.⁵

En el periodo que siguió al estado de excepción, tal vez en un intento por recuperar su legitimidad perdida, el Tribunal Supremo se hizo mucho más accesible y su enfoque doctrinal se orientó hacia el individuo. Para ello, el Tribunal adoptó dos estrategias: en primer lugar, reinterpretó las normas sobre derechos fundamentales de una forma más amplia con el fin de maximizar los derechos de la gente, en especial de las personas desfavorecidas. En segundo lugar, facilitó el acceso a los tribunales al relajar las normas procedimentales de legitimidad procesal, haciéndolo por iniciativa propia (Sathe, 2001).

En varios casos relativos a demandas de DIP, los tribunales (incluidos el Tribunal Supremo y los tribunales superiores) ampliaron el ámbito del artículo 21, que consagra el derecho a la vida y a la libertad personal, al declarar que el derecho a la vida incluía el derecho a vivir dignamente. Sobre esta base, los tribunales declararon que los derechos a un medio de vida,⁶ a un ambiente limpio⁷ y a verse libre de trabajo forzoso o servidumbre⁸ son todos “derechos fundamentales” en el sentido del artículo 21 de la Constitución india. En los casos analizados, el Tribunal añadió el “derecho a la alimentación” a las condiciones necesarias para vivir con dignidad y fue más allá: definió, explicó y le dio significado al derecho a la alimentación.

Gracias a las demandas judiciales de DIP, los tribunales adoptaron también una variedad más amplia de medidas judiciales. Por ejemplo, se han apoyado en sus “requerimientos continuados”, mediante los

5 AIR 1976 S.C. 1207.

6 *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation*, AIR 1986 SC 180.

7 *M. C. Mehta vs. Union of India* (1998, Delhi Vehicular Pollution Case), Supreme Court Writ Petition (Civil). 13029/198.

8 *Bandhua Mukti Morcha vs. Union of India*, AIR (1984) SC 802 at 469.

cuales aprueban sentencias declaratorias y, al mismo tiempo, dan instrucciones operativas de manera continua.⁹ Los tribunales han creado también mecanismos de seguimiento para supervisar la implementación de sus órdenes y para ser informados regularmente.¹⁰ La adopción de estas medidas innovadoras se origina en el caso histórico PUCL analizado a continuación.

Los primeros casos sobre el derecho a la alimentación

El primer caso en el que el Tribunal Supremo afirmó que el derecho a la alimentación era un derecho fundamental en el sentido del artículo 21 fue Francis Coralie Mullin *vs.* The Administrator.¹¹ El caso trataba de los derechos de una persona sometida a detención preventiva, y al subrayar los derechos fundamentales de los detenidos, el Tribunal explicó también que el derecho a la vida era algo más que el derecho a una existencia animal. Declaró que “el derecho a la vida incluye el derecho a vivir con dignidad humana y todo lo que eso implica, es decir, las necesidades básicas de la vida, como una alimentación adecuada, vestido y alojamiento”.¹²

A pesar de esa interpretación expansiva por el Tribunal, la realización del derecho a la alimentación parecía un sueño lejano en gran parte del país. La región de Kalahandi, en Orissa, era en ese momento un ejemplo visible del fracaso continuado durante varios años en el alivio de la sequía. Sumergida en una pobreza endémica, Kalahandi padeció repetidamente crisis producidas por sequías desde los años ochenta. La prensa local y nacional, y también los partidos de oposición, informaron con frecuencia sobre la miseria que invadía a la población de esta región, pero eso tuvo pocos efectos en la implementación de la ayuda, y las muertes por hambruna continuaron sin pausa (Banik, 1998).

La cuestión adquirió gran visibilidad en 1986, cuando el caso Kishen Pattnayak *vs.* State of Orissa llegó al Tribunal Supremo. Dos asistentes sociales presentaron una demanda de DIP contra el gobierno del Congreso de Orissa, llamando la atención sobre la extrema pobreza del pueblo de Kalahandi y el incumplimiento del gobierno del estado de

9 Analizado en mayor detalle en Vineet Narain *vs.* Union of India. El Tribunal Supremo de India ha usado este enfoque en otras demandas de DIP, como por ejemplo, Bandhua Mukti Morcha *vs.* Union of India (1984) sobre trabajo en condiciones de servidumbre y en casos medioambientales presentados por M. C. Mehta.

10 Por ejemplo, nombró comisionados en el caso Bandhua Mukti Morcha.

11 Francis Coralie Mullin *vs.* The Administrator (1981) 2 SCR 516, p. 518.

12 *Ibid.*, p. 529.

sus responsabilidades, consignadas en el Orissa Relief Code, la legislación regional sobre ayuda en casos de emergencia. La demanda destacaba las deficiencias predominantes de la red de asistencia social del estado y de las administraciones distritales, que habían provocado la aparición de prestamistas abusivos que explotaban a los agricultores, y sistemas de trabajo servil, entre otros problemas.¹³ Después, en 1987, fue presentada una segunda demanda por el Indian People's Front, un grupo de interés público, que afirmó que había habido muertes en los distritos de Kalahandi y Koraput debido a la indiferencia y la negligencia de las administraciones estatales y distritales.¹⁴ El gobierno regional —del partido del Congreso—, liderado por J. B. Patnaik, negó de manera reiterada que hubiera habido muertes por inanición en esos distritos, y de hecho señaló los esfuerzos masivos del gobierno por convertir a Kalahandi en “uno de los distritos más prósperos” de Orissa (Currie, 2000, p. 179).

Como respuesta a esas demandas, el Tribunal Supremo nombró una comisión para evaluar la situación de las personas en penuria en Orissa occidental y la validez de las afirmaciones del gobierno de Orissa de que estaba implementando los programas de asistencia social. El informe, elaborado por un juez distrital, rechazó las alegaciones de las dos demandas y dictó una sentencia favorable al gobierno en casi todos sus términos. Incluso culpó de la tensión continua en la región a la “pereza y la falta de ambición” de los pobres.¹⁵ Sin embargo, se produjo una crítica pública generalizada al informe, lo que hizo que el Tribunal Supremo eligiera distanciarse de sus conclusiones y declarara que no podían descartarse las muertes por inanición.¹⁶ A pesar de esto, el Tribunal no tomó acciones adicionales y el caso no llevó a ninguna reforma de la política pública.

Cuando las preocupaciones por los programas inadecuados de ayuda del gobierno aumentaron, y continuaron las muertes por inanición, se presentaron otras dos demandas judiciales de DIP ante el Tribunal Supremo de Orissa en 1988.¹⁷ Como ocurrió con las demandas previas al Tribunal Supremo, en ellas se alegaba la explotación de las *adivasis* (tribus) debido a la apatía de la maquinaria administrativa. El

13 Kishan Pattanayak and Another *vs.* The State of Orissa, Writ Petition (Civil) 12847 of 1985.

14 The Indian People's Front *vs.* State of Orissa and Others, Writ Petition (Civil) 1081 of 1987.

15 *Idem*, p. 180.

16 1989 Supp (1), Supreme Court Cases 258, párr. 7.

17 Bhawani Mund *vs.* The State of Orissa and Others (OJC 3517/86); Anukul Chandra Pradhan *vs.* State of Orissa and Others (OJC 525 of 1989).

Tribunal Supremo nombró un juez de distrito retirado para que hiciera averiguaciones y el informe resultante confirmó varios de los alegatos del demandante contra el gobierno del estado. Lo que es más importante, el informe confirmó que había habido casos de muertes por inanición, que hasta ese momento habían sido negados reiteradamente por el gobierno. A partir de esas conclusiones, en su sentencia de febrero de 1992, el Tribunal Supremo de Orissa declaró que habían ocurrido cinco muertes por inanición en Kalahandi, y que el gobierno del estado no había cumplido con su responsabilidad de proteger el bienestar público. En consecuencia, se le ordenó al estado pagar una indemnización a las familias de los fallecidos. El Tribunal Supremo proporcionó también varias recomendaciones para solucionar las deficiencias de la ayuda y para desarrollar la administración. Destacó la necesidad de que el gobierno fuera más riguroso en la implementación de la legislación para proteger a las personas vulnerables frente a la explotación y para proporcionar asistencia social y ayudas durante los periodos de crisis.

La consecuencia inmediata de la intervención judicial fue un aumento drástico de la atención de los medios de comunicación sobre Kalahandi. La publicidad negativa llevó al público a votar en contra del Partido del Congreso en las elecciones de 1989, expulsando del poder a J. B. Patnaik, entonces primer ministro, en una campaña rodeada de alegaciones sobre muertes, venta de niños y la inmensa indolencia del Gobierno. Cuando el Tribunal Supremo de Orissa confirmó las muertes por inanición en 1992, el nuevo Gobierno del partido Janata Dal, liderado por Biju Patnaik, responsabilizó de las deficiencias al Gobierno anterior, pero no tuvo en cuenta las recomendaciones judiciales para reformular las directrices con el fin de mejorar la respuesta administrativa frente a la hambruna (Currie, 2000, p. 212). Ese Gobierno perdió también las elecciones en 1995, en medio de la preocupación pública por la corrupción y la desidia administrativa. Sin embargo, aunque la decisión judicial fue usada reiteradamente para desacreditar a los adversarios políticos y llevó a un cambio de gobierno, tuvo pocos efectos en la mejora de la administración de alimentos.

Puesto que la decisión del Tribunal tuvo efectos limitados, en el mejor de los casos, las duras condiciones continuaron en zonas de Orissa. Entre 1997 y 2006, la Comisión Nacional de Derechos Humanos llevó a cabo varias audiencias sobre el Orissa Starvation Case, basada en informes de varias muertes por inanición en el estado, en especial en los distritos de Kalahandi, Balangir y Koraput.¹⁸

18 Véase FAO (2011) y Writ Petition (Civil) 42/97, presentada por el Indian Council of Legal Aid and Advice.

El partido People's Union of India (PUCL) de Rajasthan interpuso una demanda de DIP en abril de 2001 ante el Tribunal Supremo, tras varias muertes por inanición en el estado de Rajasthan. En el momento de la demanda, Rajasthan había sufrido sequías graves durante tres años. Uno de los gobiernos del estado indicó que cerca del 73 % de los pueblos se vieron afectados por la sequía y necesitaron ayuda; sin embargo, cerca de 50 millones de toneladas de granos sobrantes y no distribuidos estaban en los almacenes del Gobierno (Birchfield y Corsi, 2010). PUCL argumentó que el Gobierno no había proporcionado los empleos y la ayuda alimenticia requeridos por el Rajasthan Famine Code (1962), la norma reguladora de las hambrunas en el estado. La demanda se presentó inicialmente contra el Gobierno de India, la Food Corporation of India y seis gobiernos estatales, pero después el Tribunal amplió el proceso a todos los gobiernos de los estados.

El demandante argumentó que el derecho a la alimentación estaba implícito en el derecho a la vida consignado en el artículo 21, y que los gobiernos estatales y central lo habían violado al no responder a la situación de sequía, en especial al haber acumulado gigantescas reservas de alimentos mientras la gente moría de hambre (Jaishankar y Dreze, 2005). Como medidas de alivio la demanda solicitaba, entre otras cosas, la distribución inmediata de las reservas de alimentos para ayudas en casos de sequía, la creación de empleos para toda persona capaz y el aumento de la cuota de granos conforme al SPD (Kothari, 2004).

Desde 2001, las medidas cautelares del Tribunal Supremo habían servido para definir, de forma gradual y cada vez con mayor detalle, el derecho constitucional a la alimentación en India (Birchfield y Corsi, 2010). Estas decisiones en el caso PUCL han sido significativas al menos en tres formas: han reconocido el derecho a la alimentación como derecho fundamental como parte del significado del derecho a la vida; han explicado en detalle y hecho exigibles las prestaciones que configuran el derecho a la alimentación, y han creado un mecanismo para la supervisión continua y la recolección de información con respecto a la implementación de las decisiones del Tribunal.

El derecho a la alimentación como derecho fundamental

En una orden de noviembre de 2001, el Tribunal reconoció de forma explícita un derecho a la alimentación consagrado en el artículo 21.¹⁹

19 Al hacerlo, el Tribunal recurrió no solo a una interpretación expansiva del artículo 21, sino también a la interpretación armoniosa de los derechos fundamentales y las Directrices de la Política Estatal. El derecho a la alimentación

Esta declaración fue de hecho un paso importante en los intentos por establecer la seguridad alimentaria y nutricional básica más como derecho que como asistencia social, o como un mero principio moral rector de la acción de Gobierno. Sin embargo, como hemos visto, la idea de que una vida digna requiere de acceso a la alimentación era algo que el Tribunal Supremo había ya reconocido en casos previos, como Francis Coralie Mullin. Además, India no estaba sola en ese reconocimiento: veintidós constituciones nacionales mencionan de forma expresa el derecho a la alimentación, y muchas otras lo reconocen a través de derechos de asistencia social relacionados (Vidar, 2006). El verdadero valor de este reconocimiento por el Tribunal está en otro lado.

La razón por la que el caso PUCL fue importante es que, además de declarar el derecho a la alimentación como un derecho fundamental, el Tribunal proporcionó también una definición de qué implicaba ese derecho, quiénes eran sus beneficiarios y quién era responsable de hacerlo cumplir.

Como Birchfield y Corsi (2010, p. 718) observan, “lo que importa sobre el ejemplo indio es que el Tribunal Supremo ha tomado estas obligaciones generales y les dio fuerza al explicar de forma específica el derecho, a partir de políticas públicas concretas, y al establecer mecanismos de supervisión para el cumplimiento de su contenido específico”.

Prestaciones exigibles relativas al derecho a la alimentación

En el momento de la demanda PUCL, ya existían varios programas del Gobierno que proporcionaban alimentos subsidiados a hogares y grupos pobres. Entre esos programas estaban:

- Un sistema de distribución de alimentos selectivo, el Targeted Public Distribution System, con el que se identificaban los hogares por debajo de la línea de pobreza y se le proporcionaba una tarjeta de identificación a uno de sus miembros, mediante la cual podían reclamar 25 kg de granos por familia que el estado estaba obligado a entregar.
- Un sistema de carnetización, el Antyodaya Anna Yojana (AAY) para los más pobres dentro de la categoría de personas por debajo

está consagrado en los artículos 39(a) y 47 de la Constitución india. El artículo 39(a) declara que el Estado se esforzará por garantizar que sus ciudadanos “tienen el derecho a un medio adecuado de vida”, y el artículo 47 establece que “el Estado considerará que elevar el nivel de nutrición [...] de su pueblo [...] es uno de sus principales deberes”.

de la línea de pobreza, gracias al cual podían recibir 35 kg de arroz o trigo subsidiado al mes.

- Un sistema integral de ayuda a los menores de edad, el Integrated Child Development Services (ICDS), por el cual los gobiernos proporcionaban raciones o comidas preparadas para adolescentes, mujeres embarazadas o lactantes y niños de menos de seis años de edad.
- Un programa de almuerzos infantiles, el Mid-Day Meal Scheme, por el que todos los niños de las escuelas públicas de primaria tienen derecho a un almuerzo escolar.

El Tribunal Supremo convirtió los beneficios de estos y otros cuatro programas ya existentes (Annapurna, National Family Benefit Scheme, National Maternity Benefit Scheme y National Old Age Pension Scheme) en prestaciones asistenciales exigibles y ordenó a los gobiernos de los estados que implementaran esos mismos programas conforme a las directrices oficiales. Por tanto, ahora era posible que los beneficiarios acudieran a los tribunales si no recibían esas prestaciones a las que tenían derecho (Guha-Khasnobis y Vivek, 2007). El Tribunal fue más allá y dio directrices detalladas sobre cómo deberían materializarse esos derechos.

Por ejemplo, con respecto al SPD, ordenó a los estados garantizar que volvieran a abrirse todas las tiendas cerradas del SPD. Las licencias de las tiendas de precio justo debían cancelarse si no se mantenían abiertas o participaban en el mercado negro de granos. También ordenó que fueran identificadas inmediatamente las familias pobres, se distribuyeran tarjetas de identificación para familias DLP y se les proporcionaran granos. Para abordar algunos de los retos ligados a la identificación de las familias DLP, el Tribunal también les ordenó a los gobiernos aprobar directrices claras para la identificación apropiada de estas, y no eliminar nombres de las listas de hogares DLP hasta que hubiera hecho sus deliberaciones sobre el asunto.

El Tribunal ordenó a todos los estados que comenzaran a suministrar comidas preparadas en las escuelas públicas de primaria y en las cofinanciadas por el Estado. Especificó los requisitos calóricos de esas comidas (300 calorías y 8-12 gramos de proteína por día). Les pidió a los gobiernos que les dieran preferencia a los Dalits, las tribus registradas y los casos registrados para el nombramiento de cocineros y ayudantes y, por último, pidió la imposición de garantías de calidad.

Los comisionados nombrados por el Tribunal

El 8 de mayo de 2002, el Tribunal nombró dos comisionados para supervisar la implementación de las órdenes, y para que le informaran y le sugirieran formas de promover la seguridad alimentaria. Los

comisionados tenían competencia para investigar cualquier violación de las órdenes del tribunal y para exigir su cumplimiento, analizar los datos del Gobierno central y de los gobiernos estatales con el fin de supervisar la implementación de los distintos programas de alimentación y empleo, recibir las quejas sobre incumplimiento presentadas por las organizaciones de base y establecer comités de investigación con funciones de verificación. También trabajaban con los gobiernos para abordar los obstáculos a la implementación.²⁰

Los comisionados tienen competencia para recibir ayuda de organizaciones e individuos probos. Han nombrado asesores en cada estado que sirven como puentes entre los comisionados, los gobiernos estatales y varios grupos de ciudadanos. Además, como se analizará con mayor detalle en el siguiente apartado, los comisionados han colaborado también de forma directa con las organizaciones de base para supervisar el cumplimiento de las decisiones e identificar vacíos.

En conjunto, el alcance de los procesos judiciales sobre el derecho a la alimentación, que comenzó en 2001, se ha expandido enormemente. Desde 2001, se han presentado más de 382 declaraciones juradas y 55 solicitudes de medidas cautelares. Aunque todavía no hay una sentencia definitiva sobre el asunto, el Tribunal ha aprobado 44 medidas cautelares hasta hoy. El ámbito de las cuestiones cubiertas por estas demandas de DIP se ha expandido de forma significativa. Ahora cubre una gran variedad de cuestiones relacionadas con el derecho a la alimentación, incluida la implementación de programas relacionados con alimentos, pobreza urbana, derecho al trabajo, personas sin vivienda, muertes por inanición y cuestiones generales de transparencia y responsabilidad pública (Jaishankar y Dreze, 2005).

Implementación de las órdenes de los tribunales

El caso PUCL fue considerado como una historia exitosa destacable en la esfera de los procesos judiciales sobre derechos económicos y sociales en India. Al reflexionar sobre la pasada década y el movimiento en pro de un derecho global a la alimentación, el Representante Especial sobre el derecho a la alimentación, Oliver de Schutter, lo llamó “el caso más espectacular de protección del derecho a la alimentación por un tribunal”.²¹ Sin embargo, los datos disponibles sobre los niveles de cumplimiento de las decisiones del Tribunal son muy débiles.

20 Véase <http://www.sccommissioners.org/>.

21 Interim Report of the Special Rapporteur on the Right to Food to the United Nations General Assembly. A/68/288, 7 de agosto de 2013, párr. 23.

Una medición sistemática basada en la evidencia disponible sobre el cumplimiento de las órdenes del Tribunal está más allá del propósito de esta investigación. No obstante, numerosos informes de los comisionados nombrados por el Tribunal, asesores de los estados, y varios reportes externos periódicos proporcionan algunas indicaciones sobre los niveles de cumplimiento. A partir del estudio de una muestra de estos informes, cabe extraer algunos hallazgos clave: en primer lugar, hay una variación significativa en el nivel de cumplimiento de algunas órdenes del Tribunal. Por ejemplo, aunque los comisionados informan de manera regular elevados niveles de cumplimiento de los programas de almuerzos, los de pensiones y el Antyodaya Anna Yojana, dicen que otros programas están en “condiciones penosas” y “casi no son funcionales”, como el Targeted Public Distribution Schemes y el Maternity Benefit Schemes. En segundo lugar, hay una variación considerable con respecto a los niveles de cumplimiento entre los estados, por ejemplo, algunos estados como Bihar, Jharkhand y Uttar Pradesh se han destacado reiteradamente por su incumplimiento. En tercer lugar, y como un indicador importante del valor general de la intervención del Tribunal, los informes muestran un patrón de mejora, tanto en la implementación de los programas como en la comunicación entre los comisionados y los gobiernos de los estados con el transcurso del tiempo. Por ejemplo, un informe de 2003 encontró que solo 16 de los 33 estados y territorios había implementado el programa de almuerzos, el Mid-day Meal (MMD), de forma completa o parcial, pero ese número había aumentado a 23 para el año 2004. En ese mismo sentido, el informe de 2002 de los comisionados señala una falta grave de respuesta a sus comunicaciones, pero el año siguiente, en el 2003, informaron que los estados y los territorios estaban respondiendo con mayor rapidez a sus solicitudes. Por último, los reportes de los comisionados también proporcionan las razones del incumplimiento de las órdenes del Tribunal; así, a veces señalan la “falta completa de seriedad mostrada por los gobiernos del Estado para la implementación de programas” y, en otras ocasiones, reconocen las restricciones reales que dificultaban la implementación. Por ejemplo, los comisionados informan de la dificultad de los estados septentrionales para conseguir granos de los almacenes de la Food Corporation of India debido a los costos prohibitivos y la dificultad logística del transporte, y requirieron en lugar de eso que se les permitiera contratar localmente el suministro de granos.

El programa MDM, para el cual están disponibles datos, es una prueba de la implementación exitosa de las órdenes de los tribunales, con impactos positivos. En un estudio sobre los efectos distributivos de las demandas judiciales sobre derechos sociales y económicos, Brinks

y Gauri (2014) encuentran que el programa llevó 2.475.000 niñas a las escuelas entre 2001 y 2006, casi todas de familias desfavorecidas. El programa también aumentó la ingesta calórica, proteica y de carbohidratos en un promedio entre el 49 y el 100%. El estudio estima que el programa benefició a cerca de 60,8 millones de niños entre 2001 y 2006. Otro estudio asocia el programa de almuerzos con una reducción del 50% en la proporción de niñas que no van a la escuela (Dreze y Kingdon, 2001).

Cuando los comisionados han informado del incumplimiento de las órdenes de los tribunales por parte de los estados, en lugar de imponer sanciones el Tribunal ha buscado estimular el cumplimiento de buena fe. Gauri y Brinks (2012) sugieren que el Tribunal ha adoptado una racionalidad comunicativa para llevar a los partidos desde una actuación de confrontación a una en la que definan problemas y encuentren soluciones, y ha usado sus órdenes para evaluar y estimular la seriedad de la respuesta oficial, en lugar de establecer deberes determinados respaldados por sanciones. Por ejemplo, en respuesta a los informes de los comisionados sobre el incumplimiento de Bihar, Jharkhan y Uttar Pradesh con respecto a los objetivos alimenticios del MDM, el Tribunal respondió interpretando las acciones del Gobierno como un indicador de un “comienzo bien dirigido” de los estados. En el mismo sentido, en otras órdenes ha indicado la falta de “voluntad” por parte del Gobierno central y de los gobiernos estatales, y les ha ordenado “esforzarse para cumplir con la orden” o, en otros casos, los ha encomiado por su “serio compromiso” a la hora de responder a las solicitudes del Tribunal.²²

Por tanto, la experiencia del caso PUCL sobre el derecho a la alimentación ha sido algo diferente a los procesos judiciales interpuestos en India para reclamar otros derechos sociales y económicos, como la educación y la salud (Shankar y Mehta, 2010); tanto en lo que se refiere a la implementación de las decisiones por los gobiernos, como en el impacto más general del reconocimiento del derecho a la alimentación, el uso de los tribunales ha hecho una contribución positiva. La siguiente sección intenta proporcionar algunas explicaciones: ¿qué factores influenciaron la implementación de las decisiones del Tribunal en el caso PUCL? ¿Por qué la experiencia en los casos previos fue distinta a la del caso PUCL? ¿Qué lecciones más generales cabe extraer de los procesos judiciales sobre derecho a la alimentación con respecto al uso de los tribunales en casos de derechos económicos y sociales?

22 Véanse órdenes con fecha 17 de septiembre de 2001; 7 de enero de 2010 y 12 de agosto de 2010.

Los factores que influyen en el cumplimiento

El caso PUCL es parte de un largo historial de procesos judiciales de DIP sobre una variedad de cuestiones relativas a los derechos económicos y sociales en India. Sin embargo, en muchos de esos casos, los pronunciamientos de los tribunales han tenido pocos efectos. Algunos han derivado en duros enfrentamientos entre unos jueces que buscan imponer su órdenes y funcionarios del Poder Ejecutivo que se resisten a la incursión judicial en la creación de políticas públicas (Chopra, 2009). Sin embargo, el caso del derecho a la alimentación ha sido diferente. Como hemos visto, el grado de cumplimiento ha variado respecto a las diferentes decisiones adoptadas por el Tribunal, pero la experiencia en general ha sido positiva.

En esta sección se exploran algunos de los factores que influenciaron el cumplimiento de las decisiones del Tribunal. Argumentamos que el éxito del caso sobre el derecho a la alimentación ha sido el resultado de dos conjuntos de factores: por el lado de la oferta, es decir, en relación con el enfoque del Tribunal al derecho a la alimentación, y por el lado de la demanda, con respecto al entorno en el que se produjo la sentencia.

El enfoque del Tribunal en el caso del derecho a la alimentación se caracterizó por elecciones conscientes que sirvieron para facilitar el cumplimiento de las decisiones. El Tribunal creó su propia institución de supervisión del cumplimiento, mediante unos comisionados que tenían a su cargo informar al respecto. Además, el entorno más general económico y político ha cambiado, y la malnutrición y la hambruna aguda en una de las potencias emergentes del mundo se consideran cada vez más inaceptables. Como señaló uno de los comisionados, el derecho a la alimentación “era una idea a la que le había llegado su hora” (Saxena, 2012).

El enfoque del Tribunal

Spriggs (1997) destaca varias formas en las que los tribunales influyen en el cumplimiento.²³ Debido a que el incumplimiento es costoso para los tribunales, estos emplean tácticas para aumentar la probabilidad de que se obedezcan sus decisiones. Por ejemplo, la claridad y la especificidad de las decisiones judiciales ha tenido efectos positivos en el cumplimiento, mientras que los estándares poco claros alimentan el incumplimiento (Staton y Vanberg, 2008). De hecho, las órdenes del Tribunal Supremo en el caso del derecho a la alimentación fueron claras,

23 Para un resumen de la discusión, véase Kapiszewski y Taylor (2013).

específicas y prácticas, evitando por consiguiente la retórica grandilocuente y la poca repercusión de muchos procesos DIP (Chopra, 2009).

Además, en este caso, el Tribunal parece haber adoptado al menos dos estrategias para facilitar el cumplimiento de sus decisiones: un seguimiento activo del cumplimiento y trabajar con aliados de la sociedad civil.

Seguimiento del cumplimiento

Los tribunales de todo el mundo adoptan diferentes enfoques para hacerle seguimiento al cumplimiento de sus decisiones. Algunos toman una aproximación indirecta y dan por sentado que si el litigante no vuelve al tribunal, la decisión se ha cumplido. En un enfoque más directo, la rama ejecutiva evalúa el grado en el que los burócratas han cumplido con las decisiones. Por último, como hizo el Tribunal Supremo de India en el caso del derecho a la alimentación, los tribunales pueden revisar de forma sistemática ellos mismos el cumplimiento de sus órdenes, y mantener los casos abiertos después de dictar sentencia, con el fin de vigilar la implementación e iniciar procedimientos por propia iniciativa en caso de incumplimiento (Gauri, Staton y Cullell, 2013).

Al hacerle un seguimiento activo a sus decisiones, y crear de forma específica un mecanismo institucional —los comisionados— para supervisar el cumplimiento de sus sentencias, el Tribunal se hizo cargo del cumplimiento de sus decisiones. Mediante su medida cautelar de mayo de 2002, el Tribunal Supremo nombró a N. C. Saxena y a S. R. Sankaran (reemplazado luego en 2004 por Harsh Mander) como comisionados con el fin de que investigaran la violación de sus medidas cautelares relacionadas con el caso y solicitaran las medidas judiciales pertinentes. Su mandato incluye el seguimiento de la implementación por parte del Gobierno central y los gobiernos estatales de las medidas cautelares ordenadas por el Tribunal, hacer averiguaciones sobre incumplimientos y realizar informes periódicos.²⁴

Los comisionados nombrados por el Tribunal fueron a su vez apoyados por consejeros nombrados a nivel estatal. El Tribunal Superior les ordenó al Gobierno central y a los gobiernos estatales proporcionar asistencia a los comisionados; se los obligó a nombrar asistentes para los comisionados, así como funcionarios coordinadores para garantizar la implementación de las órdenes provisionales.

Los comisionados han entregado informes periódicos al Tribunal sobre la situación del cumplimiento en diferentes estados, subrayando

24 Véase <http://www.sccommissioners.org/>.

los problemas y las preocupaciones con respecto a la implementación de las órdenes a partir de su correspondencia con los gobiernos estatales, informes de los consejeros de los estados, su propia interacción con organizaciones de la sociedad civil y visitas de campo. Los informes incluyen recomendaciones detalladas, que a su vez han llevado a instrucciones adicionales del Tribunal. Los comisionados han llamado también la atención sobre importantes cuestiones relacionadas, como las personas sin vivienda, que a partir de ahí se han convertido en parte de los procesos judiciales sobre el derecho a la alimentación.

Además de darle informes al tribunal, los comisionados han actuado como puente entre este, la sociedad, el Gobierno central y los gobiernos estatales, y al hacerlo han contribuido a formar una red de aliados que ha colaborado con el cumplimiento efectivo de las decisiones. A pesar de sus funciones como supervisores, los comisionados han sido capaces de establecer asociaciones con los funcionarios de los gobiernos estatales y fomentar la voluntad política para la implementación de las órdenes de los tribunales.²⁵ Por consiguiente, cuando se enfrentan al incumplimiento de los gobiernos, los comisionados han optado a veces por buscar una solución sin involucramiento del Tribunal; esa estrategia ha sido útil para fortalecer la implementación.²⁶

Los aliados del Tribunal

El cumplimiento de los derechos económicos y sociales suele requerir un sistema de apoyo complejo más allá del propio proceso judicial. Además de los esfuerzos de los jueces, el cumplimiento de las órdenes judiciales a menudo depende de otros sujetos, entre ellos miembros de la rama ejecutiva del poder, o de organizaciones de la sociedad civil o dedicadas a las acciones de interés público (Rodríguez-Garavito, 2011, p. 1692; Vanberg, 2005). La disponibilidad de aliados en las bases sociales directamente responsables de la implementación, así como la de otros que contribuyen de forma indirecta a darle una mayor legitimidad y a crear el entorno para la realización de los derechos, puede facilitar mucho la implementación. Por consiguiente, la capacidad del Tribunal de aliarse con los principales grupos de interés o con el público en general para ocuparse de causas populares es un factor importante que influye en el cumplimiento (Gauri y Brinks, 2008a; Staton, 2010).

Los terceros, como las organizaciones de la sociedad civil, pueden actuar como guardianes, supervisando el cumplimiento y garantizando

25 Birchfield y Corsi (2010), basado en las entrevistas con la Oficina de los Comisionados.

26 *Idem.*

que frente al incumplimiento se tomen acciones legales (Spriggs, 1997, p. 567; Epp, 1998). Argumentamos que en el caso del derecho a la alimentación, el Tribunal encontró aliados en la sociedad civil (la campaña en pro de este derecho) que a su vez actuaron como agentes activos para supervisar el cumplimiento y se asociaron con la maquinaria institucional (comisionados) para informar sobre el incumplimiento.

La campaña sobre el derecho a la alimentación es una red informal de organizaciones e individuos que coordinan sus acciones con el fin de conseguir este derecho en India. Comenzó con la demanda judicial del caso PUCL, pero creció y se convirtió en un movimiento más amplio tras darse cuenta de que una acción jurídica no iría muy lejos sin una campaña activa de apoyo público.²⁷ Las diversas organizaciones que hacen parte de la campaña han tenido un papel importante, no solo en relación con el proceso judicial (en desarrollo), sino también con el activismo dirigido a lograr que el poder legislativo actúe, a controlar la responsabilidad pública de los intervinientes y a generar conciencia pública mediante la acción local.

Con respecto al uso de los tribunales, las organizaciones en redes actúan como demandantes, como asesores que ayudan al Tribunal proporcionando pruebas para tomar sus decisiones, y como vigilantes que le informan sobre la implementación (o la falta de ella). Con frecuencia presentan solicitudes de seguimiento en las que le piden al Tribunal que aclare, reitere, modifique, expanda o mejore sus órdenes. La campaña actúa mediante una amplia red de organizaciones de base y tiene una comprensión minuciosa de cómo experimentan los pobres la implementación de los programas de alimentos por parte de los gobiernos; por consiguiente, le ha solicitado repetidamente al Tribunal, mediante mociones aclaratorias, que modifique los programas del Gobierno para que atiendan de forma más adecuada las necesidades de la gente. Por ejemplo, en respuesta a una solicitud presentada por la campaña, el Tribunal dictó una orden por la cual serían las comunidades de los pueblos, los grupos de autoayuda y las *Mahila Mandals* (los colectivos de mujeres), y no contratistas privados, los encargados de la compra de granos y la preparación de comidas en el programa ICDS.²⁸

La campaña también hizo una contribución importante al proporcionarle al Tribunal los datos necesarios para apoyar la petición. Por ejemplo, las órdenes del Tribunal en el caso PUCL con respecto a los requisitos calóricos mínimos que debían proporcionarse mediante el programa de almuerzos se basaron en las recomendaciones de la

27 Right to Food campaign (<http://www.righttofoodindia.org/>).

28 Orden de 7 de octubre de 2004.

investigación de la campaña (Birchfield y Corsi, 2010). La página web de la campaña es una base de datos valiosa de información con respecto a los diversos programas y prestaciones exigibles relacionados con los alimentos, las solicitudes presentadas al tribunal, las órdenes de este y los informes de los comisionados con respecto a la implementación, así como otros recursos que fortalecen los llamados a la acción locales y regionales.

La mayor contribución de la campaña es su trabajo para formar una base cívica, crear la presión pública necesaria para conseguir la implementación de las decisiones del Tribunal y garantizar la responsabilidad del Gobierno.²⁹ Según Dreze, “sería ingenuo esperar que esas órdenes fueran implementadas sin la presión pública”. Ha organizado audiencias públicas, manifestaciones, investigación orientada hacia la acción, activismo en los medios de comunicación y cabildeo entre los parlamentarios. Por ejemplo, el 9 de abril de 2002 organizó un “día [nacional] de acción sobre los almuerzos” escolares, que fue crucial para persuadir a varios gobiernos de los estados a entregar por primera vez almuerzos cocinados en las escuelas de primaria.³⁰

En su importante función de garantizar la responsabilidad pública de las autoridades correspondientes, la campaña ha recibido también apoyo por la aprobación de la ley del derecho a la información, la Right to Information Act, de 2005. La legislación, que permite a los ciudadanos acceder, por motivos de interés público, a la información recogida por las autoridades públicas, ha permitido a las organizaciones de la sociedad civil, como la campaña del derecho a la alimentación, identificar las irregularidades en la implementación de los programas de alimentos y ha obligado a las autoridades locales a llevar a cabo los programas o a explicar el incumplimiento (FAO, 2011).

Además, la especial relación triangular entre el caso, la campaña del derecho a la alimentación y los comisionados ha tenido una especial incidencia a la hora de configurar el proceso judicial en desarrollo y también la implementación de las órdenes del Tribunal (Birchfield y Corsi, 2010). Los asesores de los estados nombrados por los comisionados —hombres y mujeres procedentes de la campaña del derecho a la alimentación— actúan como los ojos y oídos de los comisionados en cuestiones de seguridad alimentaria (Hassan, 2011). Se apoyan en las organizaciones de base para conseguir información sobre el cumplimiento de las órdenes judiciales, la que a su vez respalda la información contenida en sus informes detallados al Tribunal. El mandato de

29 *Idem.*

30 Véase <http://www.righttofoodindia.org/>.

los comisionados recibe también la ayuda del activismo y de la participación de la sociedad civil que, con publicaciones y eventos públicos como auditorías sociales y audiencias públicas en las que se expresan quejas y malestares, fortalecen la conciencia pública sobre el derecho a recibir prestaciones.³¹ A su vez, los comisionados responden a las quejas de las organizaciones de base con respecto al incumplimiento de las órdenes en sus jurisdicciones, efectúan averiguaciones e informan al Tribunal sobre ellas.

Por tanto, en el caso del derecho a la alimentación, el enfoque del Tribunal Supremo parece haber sido estratégico, en el sentido de que comenzó declarando con fuerza y claridad el derecho a la alimentación como fundamental y después definió las fronteras de ese derecho mediante prestaciones exigibles ante los tribunales. Luego estructuró medidas judiciales, aunque en ellas solo reafirmaba las responsabilidades existentes de los gobiernos, explicando en detalle los hitos que debían cumplirse. Todavía más importante es que el Tribunal creó un mecanismo sólido para hacer seguimiento, al nombrar dos comisionados que supervisarán el cumplimiento de sus decisiones y le informarán de los casos de incumplimiento. También mantuvo la puerta abierta para que los demandantes presentaran demandas de seguimiento cuando se produjeran incumplimientos. Como sostiene Rodríguez-Garavito en este libro y en otros escritos, la combinación de una afirmación clara de la exigibilidad judicial del derecho en cuestión (un derecho fuerte), dejando las decisiones de política pública a las ramas electas del Gobierno, al mismo tiempo que se establece un camino claro para mediar el progreso (remedios moderados) y se hace un seguimiento activo a la implementación de las órdenes del Tribunal, mediante decisiones de seguimiento, entre otras medidas (supervisión fuerte), es una estrategia especialmente efectiva para el cumplimiento de las decisiones de un tribunal en los casos de derechos socioeconómicos (2011, p. 1692).

Entorno

Además del éxito del propio enfoque del Tribunal, el entorno del proceso judicial ha cambiado. El entorno político y económico dominante en India en el momento de la demanda judicial era también favorable y facilitó el éxito en cierto grado.

Que esos cálculos políticos son fundamentales para la implementación de las decisiones judiciales es algo bien sabido hoy. En India, por ejemplo, Reetika Khera (2006) proporciona una descripción precisa de cómo la política electoral y las relaciones políticas entre el centro y los

31 *Idem.*

estados influenciaron la respuesta a la sequía en Rajasthan. A comienzos de la década del 2000, el entorno político general de India estaba cambiando. Poco después de las elecciones de 2004, el nuevo Gobierno de la United Progressive Alliance proclamó un “Programa mínimo nacional común”, que prometía políticas de desarrollo basadas en los derechos sociales y económicos. Pronto estableció un Consejo Consultivo Nacional, compuesto en gran parte por líderes de la sociedad civil, para que asesorara al Gobierno sobre cuestiones de política social, como la seguridad alimentaria, las garantías de empleo rural, el derecho a la educación y el derecho a la información. Parecía como si la seguridad alimentaria, junto con el empleo y la protección social, se hubieran convertido en prioridades políticas.

A su vez, el entorno económico estaba cambiando rápidamente. Tras un periodo de elevadas tasas de crecimiento, que en promedio fueron de un 7% durante 15 años, India fue considerada como un poder emergente en el escenario mundial. Como reflejo de un sentimiento general de optimismo, surgió una fuerte narrativa de “India deslumbrando”,³² que destacaba el crecimiento de la clase media, la mejora de las oportunidades económicas y la apertura a los negocios. En contraste con este relato de crecimiento extraordinario, el hambre extendida en India era una realidad incómoda e insostenible. Titulares como “Si India está en auge, ¿por qué sus niños pasan hambre?” agitaron el debate, como también lo hicieron la posición desesperadamente baja de India en los índices globales (como el índice mundial del hambre estudiado en el segundo apartado). India pretendía tener un asiento en la mesa de los negocios globales como superpotencia emergente (destaca su pretensión de tener un asiento en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), y sin embargo estaba por debajo de Sudán y Etiopía en los índices de malnutrición infantil. Jean Dreze y Amartya Sen (2011) señalaron que “no hay probablemente ningún otro ejemplo en la historia del desarrollo mundial de una economía que haya crecido tan rápido y durante tanto tiempo con resultados tan limitados en cuanto a un progreso social amplio”.

En esas circunstancias, el argumento de que el Estado carecía de capacidad para cumplir con las decisiones del Tribunal resultó especialmente inaceptable, y rechazó las limitaciones financieras como razones para la no implementación.

Las demandas judiciales sobre el derecho a la alimentación también

32 La expresión fue creada en 2004 por una agencia de publicidad india como parte de una campaña financiada por el partido de Gobierno, el Bharatiya Janata Party, para promover a India como destino de negocios y turismo internacional.

estuvieron acompañadas de una gran visibilidad entre la opinión pública y los medios de comunicación, lo que podría haber contribuido al cumplimiento. Desde un punto de vista empírico, los académicos han encontrado que la transparencia facilita el cumplimiento y que, en concreto, el incumplimiento es más probable en casos que no tienen cubrimiento de los medios de comunicación (Staton, 2010). Gauri, Staton y Cullell (2013), tras examinar el cumplimiento de las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, encontraron también que la decisión del Tribunal de hacer públicos los resultados de su programa de seguimiento tuvo efectos demostrables sobre la oportunidad del cumplimiento de sus decisiones. La visibilidad de la decisión de los tribunales, y también de la cuestión del derecho a la alimentación en India fueron en general mayores en torno al caso PUCL de lo que lo habían sido antes. En 2002, Jean Dreze y Amartya Sen describen la situación nutricional en India como una “emergencia silenciosa”, puesto que recibía poca atención en los debates públicos y en la política democrática. Jean Dreze (2004) señala que entre enero y junio de 2000, uno de los periódicos en lengua inglesa más importantes de India, *The Hindu*, publicó 300 artículos de opinión y ni uno solo de ellos se ocupó de la salud o de la nutrición.

Dreze y Sen (2013) describieron además el prejuicio elitista persistente entre los medios de comunicación indios y la falta de atención a los “puntos ciegos” de graves deficiencias sociales y de desarrollo.³³ Las preocupaciones de los medios de comunicación, a su vez, recogían las de los sectores privilegiados de la sociedad. El resultado era que la discusión pública estaba dominada por un grupo relativamente pequeño, pero poderoso, de las élites indias, que se beneficiaban del crecimiento económico y que tenían y tienen poca o ninguna necesidad de las redes de seguridad social promovidas por el Estado. Por esas simples razones de economía política no había una discusión generalizada sobre las necesidades de los desfavorecidos.

Sin embargo, el panorama de la opinión pública parece estar cambiando. Repetimos el ejercicio de Dreze de revisar los medios de comunicación y encontramos una atención considerablemente mayor a la cuestión de los alimentos desde 2001. Por ejemplo, entre 1990 y mediados de 2012, aparecieron 118 artículos en *The Hindu* sobre cuestiones relativas al derecho a la alimentación. En el mismo sentido, una revista semanal en inglés, de las más importantes del país, *The Outlook*, publicó 260 artículos sobre cuestiones relativas al “derecho a la alimentación”,

33 Por ejemplo, citan un estudio de 315 editores de medios impresos y otros medios en Delhi, que muestra que ninguno pertenecía a una tribu o casta registrada (*Scheduled Caste* o *Scheduled Tribe*) (Chamaria, Kumar y Yadav, 2006).

la “política alimentaria”, el “SDP” y la “seguridad alimentaria”. Por último, una búsqueda en Google de nuevos artículos sobre “India” y el “derecho a la alimentación” entre 1985 y julio de 2012 produjo 111.000 resultados, de los cuales un número exorbitante, 108.000, se habían publicado entre 2004 y 2012.

La mayor atención de los medios de comunicación al problema de la seguridad alimentaria en India refleja probablemente un movimiento más amplio de la opinión pública. En la Encuesta de Valores Mundiales, los datos sobre India muestran un fuerte acuerdo sobre la afirmación de que “los ingresos deberían igualarse”, que pasó de un 22 % en 1990 a un 48 % en 2001.³⁴ Este cambio de la opinión favorable a la lucha contra la desigualdad y su reducción en India podría tal vez haber contribuido a que los medios de comunicación y los jueces le prestaran una mayor atención al derecho a la alimentación. Debería señalarse que la opinión pública en India continúa estando fuertemente dividida entre las aspiraciones al crecimiento de la clase media y las élites, y la cuestión de los derechos y las prestaciones exigibles para los pobres. En última instancia, es esa competencia entre las narrativas y las luchas políticas conexas la que ha hecho arraigar la cuestión del derecho a la alimentación.

Al mismo tiempo, el enfoque del Tribunal en el caso PUCL puede haber contribuido a la mayor atención a la cuestión de la inseguridad alimentaria en India y, por tanto, haber tenido una importante función dialógica. Peter Hogg y Allison Bushell (1997), al analizar la legitimidad del control de constitucionalidad en el contexto de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, destacaron que una de las principales funciones del control judicial de constitucionalidad, que suele pasarse por alto en las explicaciones populares, es generar un diálogo entre las diferentes ramas del Estado (en ese caso, el Tribunal y el órgano legislativo). En su explicación, el control judicial de constitucionalidad dialógico en última instancia fortalece, antes que debilitar, la democracia. En general, el activismo judicial en India ha tendido también, en muchas ocasiones, a generar diálogo, no solo con la Rama Legislativa, sino también en la esfera pública más amplia (Chandrachud, 2009). En el caso del derecho a la alimentación, el Tribunal interactuó con una dinámica campaña de la sociedad civil, de forma directa y a través de los comisionados, en varios aspectos del proceso judicial, dentro y fuera de la sala de audiencias, y en ese proceso probablemente generó mayor debate y más amplia discusión con respecto al derecho a la alimentación.

34 Véase <http://www.worldvaluessurvey.org/>.

Si bien la importancia de la atención de los medios de comunicación y la acción pública en torno al derecho a la alimentación no puede exagerarse, es importante señalar que esa visibilidad por sí misma es insuficiente para garantizar el cumplimiento en ausencia de la satisfacción de otras condiciones. Por ejemplo, Gauri, Staton y Cullell (2013) nos advierten que es probable que la transparencia influya en el comportamiento solo cuando se dan también otras condiciones, como que los partidos piensen que el compromiso del Tribunal con el seguimiento y la publicidad de las acciones de cumplimiento es creíble, que a los funcionarios les preocupe su reputación, que el público le dé importancia al cumplimiento del Poder Ejecutivo y que los burócratas sean receptivos a las presiones de sus superiores.

Esa necesidad de condiciones de apoyo puede ayudar a explicar la diferencia entre la experiencia del caso del derecho a la alimentación y otros casos previos. Dan Banik ha señalado que los medios de comunicación locales, regionales y en inglés cubrieron regularmente las muertes por inanición en Orissa durante las décadas de los ochenta y noventa sin que eso tuviera un efecto importante (Banik, 1998). Sin embargo, a diferencia de lo que pasó en el caso del derecho a la alimentación, los tribunales de Orissa se habían abstenido de adoptar un seguimiento fuerte del cumplimiento. Gran parte de los medios de comunicación sufría también de una falta perceptible de independencia. Por último, en ausencia de una voluntad política seria de abordar la cuestión del hambre y la malnutrición, la atención de los medios de comunicación se convirtió en herramienta de una fea lucha política sin que hubiera un cambio significativo de la política pública.

Conclusiones

La experiencia con respecto a las demandas judiciales del derecho a la alimentación permite extraer importantes lecciones para los procesos judiciales sobre derechos económicos y sociales en India, así como otras más generales. Graves situaciones de muertes por inanición, hambre y malnutrición se presentaron al Tribunal Supremo en los años ochenta y luego en 2001. En ambos casos, el Tribunal reconoció el derecho a la alimentación como una parte integral de la garantía constitucional del derecho a la vida y dio instrucciones al Gobierno central y a los gobiernos estatales para que abordaran esas situaciones. No obstante, la experiencia en torno al cumplimiento de las decisiones judiciales varía enormemente en los dos periodos. Hay diversos factores que explican esa diferencia; algunos provienen del propio enfoque del Tribunal, mientras que otros son externos a este.

En primer lugar, el enfoque del Tribunal en 2001 fue más sólido, en comparación con los casos previos. Además de declarar que el derecho a la alimentación era un derecho fundamental, procedió a darle un significado al especificar las prestaciones específicas a las que daba lugar ese derecho, y crear un mecanismo constitucional para supervisar el cumplimiento de sus órdenes. A diferencia de los casos previos, el Tribunal no tomó una decisión definitiva, sino que siguió activo en el proceso judicial y prefirió explicar de manera continuada el contenido del derecho mediante una serie de órdenes provisionales. Es importante subrayar que adoptó un enfoque fuerte con respecto al seguimiento del cumplimiento, creando un esquema institucional —mediante comisionados— para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, realizar averiguaciones sobre el incumplimiento y preparar informes que contuvieran recomendaciones.

En segundo lugar, en el proceso judicial PUCL, el Tribunal trabajó en colaboración con aliados claves de la sociedad civil dentro de la campaña del derecho a la alimentación. La relación triangular entre el caso, los comisionados y la campaña contribuyó en gran parte a la implementación de las órdenes. En tercer lugar, la opinión pública con respecto a la crisis de hambre e inanición en India parece haber sufrido un cambio decisivo a principios de la década del 2000. Ese giro contribuyó a su vez a un cambio en la atención de los medios de comunicación, que a su vez lo reforzaron. Por último, el clima económico y político dominante en India en la época del caso PUCL, muy diferente del que reinaba en los años ochenta, tuvo un efecto perceptible para que se considerara el derecho a la alimentación como una prioridad. El movimiento en pro de este derecho ayudó a poner bajo los focos una notoria desigualdad social, que contrastaba con la narrativa dominante de una India brillante y en ascenso; eso generó introspección y debate en la sociedad india.

Es de esperar que la experiencia de los procesos judiciales sobre el derecho a la alimentación y el apoyo del movimiento en pro de este derecho proporcionen una valiosa perspectiva a los defensores y activistas a fin de diseñar estrategias para las reclamaciones de derechos sociales y económicos. No obstante, persisten ciertas dudas. Por ejemplo, sigue siendo poco claro el grado en que cada uno de esos factores por separado contribuyó al cumplimiento, al elevar los costos del incumplimiento o reducir los del cumplimiento, o cómo los diversos factores interactuaron entre sí. Comprender qué elementos constituyen condiciones necesarias, y cuáles coadyuvan, puede contribuir adicionalmente al diseño de estrategias efectivas. Esperamos volver sobre esas cuestiones en el futuro.

La cuestión del derecho a la alimentación sigue viva en India; animada por procesos judiciales o por otros medios, fue adoptada como una prioridad por los poderes Ejecutivo y Legislativo. En julio de 2013 se aprobó una norma sobre seguridad alimentaria, la National Food Security Ordinance, por el Poder Ejecutivo. Poco después se presentó un proyecto de ley sobre seguridad alimentaria en el Congreso, que se aprobó con el nombre de National Food Security Act en septiembre de 2013. Hay pocas dudas de que esa ley representa un paso adelante para abordar el problema de la seguridad alimentaria. Sigue habiendo un animado debate sobre su efectividad. Hay todavía problemas importantes sobre el SPD y los métodos de selección de los destinatarios. Jean Dreze (2013) ofrece una perspectiva sobre lo modesto de lo conseguido: “El proyecto de ley sobre seguridad alimentaria es una fracción de lo que se requiere para solucionar los enormes problemas nutricionales de India. La batalla por el derecho a la alimentación está lejos de finalizar”.

Referencias

- Austin, G. (1966). *The Indian Constitution: Cornerstone of a Nation*. Oxford: Oxford University Press.
- Banik, D. (1998). India's freedom from Famine: Case of Kalahandi. *Contemporary South Asia*, 7 (3), 265-281.
- Birchfield, L. y Corsi, J. (2010). Between starvation and globalization: Realizing the right to food in India. *Michigan Journal of International Law*, 31, 691-764.
- Brinks, D. y Gauri, V. (2014). The law's majestic equality: The distributive impact of judicializing social and economic rights. *Perspectives on Politics*, 12 (2), 375-393.
- Caplin, J. (2008). Feeding an elephant: Malnutrition and the right to food in India. *Harvard International Review*, fall. Recuperado de <http://hir.harvard.edu/article/?a=1794>
- Chamaria, A., Kumar, J. y Yadav, Y (2006). *Survey of the Profile of the Key Decision Makers in the National Media*. Centre for Study of Developing Societies.
- Chandrachud, A. (2009). Dialogic Judicial Activism in India. *The Hindu*.
- Chopra, S. (2009). Holding the state accountable for hunger. *Economic and Political Weekly*, 33 (XLIV).
- Currie, B. (2000). *The Politics of Hunger in India: A Study of Democracy, Governance and Kalahandi's Poverty*. London: Palgrave Macmillan.
- Dreze, J. (2004). Democracy and the right to food. *Economic and Political Weekly*, 17 (XXXIX), 1723-1731.

- Dreze, J. (2013). The food security debate in India. *The New York Times*.
- Dreze, J. (s. f.). Right to food: From the courts to the streets. Recuperado de <http://sccommissioners.org/Starvation/Articles/drezecourts.pdf>.
- Dreze, J. y Kingdon, G. (2001). School participation in rural India. *Review of Development Economics*, 5 (1), 1-24.
- Dreze, J. y Sen, A. (2002). *India: Development and Participation*. New Delhi and Oxford: Oxford University Press.
- Dreze, J. y Sen, A. (2011). Putting growth in its place. *Outlook*.
- Dreze, J. y Sen, A. (2013). *An Uncertain Glory: India and its Contradictions*. New Delhi: Penguin.
- Dua, B. D. (1983). A Study in executive-judicial conflict: The Indian case. *Asian Survey*, 4 (XXII), 463-483.
- Epp, C. R. (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.
- FAO (2011). *India: Legal Campaigns for the Right to Food, in Right to Food: Making it Happen*. Roma: FAO.
- Gauri, V. (2011). Fundamental rights and public interest litigation in India: Overreaching or underachieving? *Indian Journal of Law and Economics*, 1 (1), 71-93.
- Gauri, V. y Brinks, D. (eds.) (2008a). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gauri, V. y Brinks, D. (2008b). Introduction: The elements of legalization and the triangular shape of social and economic rights. En *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (pp. 1-37). Cambridge: Cambridge University Press.
- Gauri, V. y Brinks, D. (2012). Human rights and communicative action. *The Journal of Political Philosophy*, 4 (20), 407-431.
- Gauri, V., Staton, J. y Cullell, J. V. (2013). A public strategy for compliance monitoring. The World Bank Policy Research Working Paper 6523.
- Guha-Khasnobis, B. y Vivek, S. (2007). *Rights Based Approach to Development: Lessons from the Right to Food Movement in India*. United Nations University: World Institute for Development Economics Research.
- Hassan, S. (2011). Rights, activism and the poor in India: Supreme Court and the 'Right to Food' Case. Ponencia presentada en International Conference: Social Protection for Social Justice at the Institute for Development Studies, Reino Unido.

- Hogg, P. y Bushel, A. (1997). The charter dialogue between courts and legislatures (Or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, 1 (35), 75-124.
- Jaishankar, Y. y Dreze, J. (2005). *Supreme Court Orders on the Right to Food: A Tool for Action*. New Delhi: Right to Food Campaign Secretariat.
- Kapiszewski, D. y Taylor, M. M. (2013). Compliance, conceptualizing, measuring and explaining adherence to judicial rulings. *Law & Social Inquiry*, 38 (4), 803-835.
- Kattumuri, R. (2011). Food security and the targeted public distribution system in India. Asia Research Centre Working Paper 38.
- Khera, R. (2006). Political economy of state response to drought in Rajasthan 2000-2003. *Economic and Political Weekly*, 19 (XLI).
- Kothari, J. (2004). Social rights and the Indian Constitution. *Law, Social Justice and Global Development Journal*, 2.
- Nayak, B. S. (2007). The history of food security policy in India with reference to Orissa and Kalahandi: An integrated and universal approach towards PDS. En *Nationalizing Crises: The Political Economy of Public Policy in Contemporary India*. New Delhi: Atlantic.
- Rajagopal, B. (2007). Pro human rights but anti poor? A critical evaluation of the Supreme Court from a social movement perspective. *Human Rights Review*, 3 (18), 157-187.
- Rodríguez-Garavito, C. (2011). Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89 (7), 1669-98.
- Sathe, S. P. (2001). Judicial activism: The Indian experience. *Journal of Law and Policy*, 6 (29), 30-107.
- Saxena, N. C. (2012). Hunger and malnutrition in India. *IDS Bulletin*, 43, 8-14.
- Shankar, S. y Mehta, P. B. (2010). Courts and socio-economic rights in India. En Gauri, V. y Brinks, D. (eds.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (pp. 146-182). Cambridge: Cambridge University Press.
- Spears, D. (2012). How much international variation in child heights can sanitation explain? Working paper, Princeton University. Recuperado de http://www.princeton.edu/rpds/papers/Spears_Height_and_Sanitation.pdf
- Spriggs, J. (1997). Explaining federal bureaucratic compliance with Supreme Court opinions. *Political Research Quarterly*, 50 (3), 567-93.
- Staton, J. (2010). *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. New York: Cambridge University Press.
- Staton, J. y Vanberg, G. (2008) The value of vagueness: Delegation, defiance, and judicial opinions. *American Journal of Political Science*, 52 (3), 504-19.

Trochev, A. (2011). *Judging Russia: Constitutional Court in Russian Politics 1990-2006*. Cambridge: Cambridge University Press.

Vanberg, G. (2005). *The Politics of Constitutional Review in Germany*. New York: Cambridge University Press.

Vidar, M. (2006). State recognition of the right to food at the national level. UNU-WIDER Research Paper No. 2006/ 61.

World Bank (2013). World Development Indicators 2013. Recuperado de <http://data.worldbank.org/country/india>.

10. Sudáfrica: repensar las narrativas sobre el cumplimiento

*Malcolm Langford y
Steve Kahanovitz**

* Los autores agradecen en especial a Evan Marcus por su ayuda en la investigación de los casos.

Introducción

La jurisprudencia sudafricana sobre derechos sociales a menudo se presenta como un modelo global para la interpretación judicial.¹³ Si bien la atención comienza a dirigirse hacia otras jurisdicciones debido al número relativamente bajo de casos en Sudáfrica (Alston, 2008), y hay una crítica vigorosa de la deferencia parcial de la Corte Constitucional sudafricana hacia el Poder Ejecutivo (Bilchitz, 2007; Pieterse, 2007),¹⁴ las sentencias sudafricanas continúan ejerciendo una fuerte influencia jurisprudencial, académica y en las políticas públicas en otras partes del mundo.¹⁵

Sin embargo, el impacto de esas ganancias jurisprudenciales en el terreno de la política pública, la práctica y el derecho es objeto de un debate claro y creciente. Parte del disenso es atribuible a la metodología. Métodos diversos y variados de evaluación, interpretaciones de las órdenes de los tribunales, expectativas sobre los resultados de los procesos judiciales y diferencias en los periodos investigados son evidentes en la literatura académica.¹⁶ La evaluación sistemática a partir del trabajo de campo y el análisis estadístico es infrecuente (aunque eso está cambiando).¹⁷ Además, el ámbito de los casos estudiados también es limitado. Hasta hace poco la mayor parte de la atención se ha

13 Para un estudio completo de estas decisiones, véase Liebenberg (2010).

14 Una clara excepción es el área de los derechos de vivienda, en la que ha habido un flujo continuo de decisiones, en especial con respecto a los desalojos. Recientemente también ha habido un gran crecimiento en casos relativos al derecho a la educación, sobre todo en los tribunales superiores.

15 Véase, por ejemplo, UK Joint Committee (2004), Porter (2009), Sunstein (2004) y Waldron (2009).

16 Cfr. Pieterse (2007), Berger (2008); Robins (2008), Liebenberg (2008), Swart (2005), Heywood (2009), Marcus y Budlender (2008) y Hirschl (2004).

17 Véase, por ejemplo, Robins (2008), Berger (2008) y Langford, Cousins, Dugard y Madlingozi (2014).

dirigido a dos de las primeras decisiones históricas de la Corte Constitucional, una en el contexto de la vivienda (Grootboom),¹⁸ y la otra en el de los derechos a la salud (Treatment Action Campaign)¹⁹ y, en un grado más limitado, a los retos específicos del cumplimiento que plantean algunos casos que reconocen prestaciones asistenciales.²⁰ Incluso cuando los investigadores están de acuerdo en la falta de impacto de un caso específico, con frecuencia difieren respecto a las causas.

Existen varias narrativas en la literatura y en el discurso jurídico general que se concentran en la cuestión más limitada del cumplimiento. Hay una explicación descriptiva que dice que el incumplimiento de las sentencias es lo usual. Existe una percepción generalizada de una cultura de no exigencia de cumplimiento aun cuando las órdenes suelen tener un alcance limitado²¹ y Sudáfrica posee una democracia razonablemente sólida y jueces independientes. Todos los niveles del Gobierno han sido criticados por no atender las órdenes judiciales o atenderlas solo de puertas para afuera. Eso se ha sostenido respecto a una amplia variedad de medidas judiciales (órdenes declaratorias, interdictos contra la acción del Estado, órdenes de indemnización u órdenes obligatorias para regresar al *statu quo*),²² y en casos relativos a obligaciones positivas o negativas.²³ Sin embargo, esa narrativa parece

18 Government of the Republic of South Africa and Ors *vs.* Irene Grootboom and Ors 2001 (1) SA 46 (CC) (Grootboom). El Tribunal determinó que la política nacional de vivienda no respetaba el derecho de acceso a esta puesto que no contemplaba la ayuda temporal para los más necesitados.

19 In re Min of Health and Ors *vs.* Treatment Action Campaign and Ors 2002 (5) SA 717 (CC) (TAC). El Tribunal determinó que no mantener el suministro de medicamentos antirretrovirales a los hospitales públicos para reducir la transmisión del VIH-sida de madre a hijo era contrario al derecho a la salud.

20 Ha habido un número significativo de sentencias que se ocupan de las demandas interpuestas por personas perjudicadas para forzar al Estado a cumplir pagos de seguridad social; véase, por ejemplo, Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government and Another *vs.* Ngxuza and Ors 2001 (4) SA 1184 (SCA); Khosa and Ors *vs.* Minister of Social Development and Ors 2004 (6) SA 505 (CC); Cele and Ors *vs.* South African Social Security Agency 2009 (5) SA 105 (D).

21 El caso Grootboom es tal vez un ejemplo clásico de esto, puesto que los derechos específicos de la comunidad hacían parte de un acuerdo extrajudicial, mientras que la Corte Constitucional falló sobre las obligaciones más generales del Estado; véase Liebenberg (2008) y Marcus y Budlender (2008); cfr. la interpretación, para algunos equivocada, de Berger (2008).

22 Cfr., por ejemplo, las órdenes débiles de Grootboom (2001) y TAC (2002) con las órdenes fuertes en Westville y Kate. Este resultado es interesante teniendo en cuenta las discusiones teóricas sobre si las formas fuertes o débiles de las órdenes inducen mayores niveles de cumplimiento. Véanse Tushnet (2008); Berger (2008) y Mbazira (2008 b).

23 En la mayoría de los casos sobre derechos socioeconómicos en Sudáfrica, los demandantes han centrado sus reclamaciones en la interferencia de agentes

ser demasiado simplista. El incumplimiento puede ser la posición inmediata y por defecto de los demandados,²⁴ pero con el paso del tiempo cabe defender que esa imagen cambia: el panorama se caracteriza por mayores y variables niveles de cumplimiento. Eso es evidente en los estudios de caso de este capítulo.

Por tanto, se plantea la pregunta de por qué se produce esa variación. Hay dos narrativas dominantes para explicarlo. Algunos comentaristas identifican el problema con la esfera judicial: formas débiles de control de constitucionalidad, órdenes judiciales cautas (Pieterse, 2007) y la falta de mecanismos efectivos de ejecución obligatoria (Mbazira, 2008a). Una alternativa es señalar hacia el lado de la demanda y concentrarse en la intensidad de la movilización social. Esta variable suele presentarse como una explicación para el supuesto bajo cumplimiento del caso pionero sobre vivienda Grootboom y, para lo contrario, en el caso Treatment Action Campaign (TAC). En este último, la TAC combinó el uso de los tribunales y la movilización convincente alrededor de la cuestión del derecho a los servicios de salud (también durante la fase posterior a la sentencia), haciendo una presión tremenda sobre el Gobierno de Mbeki para que dejara a un lado su negativa a reconocer el vínculo entre el VIH y el sida, y su obstinada lentitud en facilitar el acceso a los medicamentos para los pacientes con este padecimiento. El resultado final fue un aumento del presupuesto de salud, reducción

públicos o privados. Sin embargo, la distinción a veces es difícil, puesto que muchas de esas decisiones contienen elementos positivos, como reconectar los servicios, indemnizar o desarrollar planes en ejecución de obligaciones positivas. En el campo de la vivienda urbana y los servicios básicos, once casos de la Corte Constitucional han tratado el problema de los desalojos forzosos y las desconexiones. Los individuos y las comunidades fueron exitosos en: 1) *Minister of Public Works vs. Kyalami Ridge Environmental Association* (Kyalami Ridge) 2001 (7) BCLR 652 (CC); 2) *Ndlovu vs. Ngcobo; Bekker & Another vs. Jika* [2002]4 A11 SA384; 2003(1)SA113 (SCA); 3) *Jaftha vs. Schoeman and Others; van Rooyen vs. Stoltz and Others* 2005 (1) BCLR 78 (CC) (Jaftha); 4) *President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others* 2005 (8) BCLR 786 (CC); 5) *Port Elizabeth Municipality vs. Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC); 6) *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township, and 197 Main Street, Johannesburg vs. City of Johannesburg and Others* 2008 (3) SA 208 (CC) [Olivia Road]; 7) *Abahlali base Mjondolo Movement SA vs. Premier KZN and Others* (2009) and 8) *Leon Joseph and Others vs. City of Johannesburg and Others*, caso CCT 43/09, fecha de la sentencia: 9 de octubre de 2009. Solo tres casos se han ocupado expresamente del suministro de vivienda o servicios. Uno fue exitoso (Grootboom); otro se perdió (*Lindiwe Mazibuko and Others vs. City of Johannesburg and Others* Case CCT 39/09 [2009] ZACC 28; Mazibuko, 2009), y el tercero se perdió en la primera demanda y luego fue archivado (véase *Residents, Joe Slovo Community, Western Cape vs. Thubeiisha Homes & Ors* CCT 22/08 [2009] ZACC 16 y *Residents, Joe Slovo Community, Western Cape vs. Thubeiisha Homes & Ors* CCT 22/08A [2011] ZACC 8).

24 De hecho, suelen requerirse demandas de seguimiento; véase un resumen de diversos casos de derechos socioeconómicos en Berger (2008).

en el precio de los medicamentos y una expansión de los programas de salud que contribuyó a prevenir cientos de miles de muertes (Heywood, 2009).

Este capítulo analiza en detalle esas narrativas descriptivas y explicativas para comprender mejor los grados de implementación y las causas de su variación, y para identificar en cierta medida las estrategias exitosas. La aproximación a estas preguntas se hace mediante un enfoque inductivo. Gran parte del capítulo está dedicada al análisis de seis estudios de caso en Sudáfrica sobre el derecho a la vivienda en las áreas urbanas, un campo que no ha sido suficientemente estudiado. La sección 2 comienza con el bien conocido caso Grootboom, seguido de otros cuatro casos en la sección 3, que también surgieron de las amenazas de desalojo contra los asentamientos (Valhalla, Modderklipp, Ndawoyache y Olivia Rd) y de una propietaria pobre desalojada por deber facturas de servicios públicos (Jaftha). En la última sección, estos estudios se comparan con la literatura sobre cumplimiento de varios casos relativos a los derechos a la salud y a la seguridad social, con el fin de identificar si los patrones son sistemáticos.

El método de investigación incluye análisis de sentencias y órdenes judiciales escogidas, entrevistas semiestructuradas con intervinientes clave, visitas de campo y encuestas informales, y revisión de documentos de política pública, legislación, literatura secundaria y fuentes de los medios de comunicación. Las características de los diversos casos se resumen en la tabla 1, la cual proporciona no solo información sobre las características de los procesos judiciales (alegaciones, demandados, medidas judiciales), sino también acerca de los intervinientes conectados con ellos (abogados, coadyuvantes, apoyo externo de los movimientos sociales), sobre si hubo demandas judiciales posteriores de seguimiento del cumplimiento, y una evaluación de la fuerza interna o la organización de los denunciantes. Como se analizó en el capítulo introductorio de este libro, esos factores pueden ser relevantes para evaluar el grado de cumplimiento y, por tanto, se clarifican en esta etapa del análisis.

TABLA I

Características de los casos analizados

Casos de vivienda						
	Grootboom	Rudolph	Olivia Road	Ndawoyache	Modderklip	Jaftha
Año	2000	2003	2008	2007	2005	2005
Naturaleza de las quejas	Acuerdo extrajudicial: 900 personas	Acuerdo extrajudicial: 50 familias	Ocupantes de edificios: 400 personas	Acuerdo extrajudicial: 10.000 personas	Acuerdo extrajudicial: 40.000	Individual
Demandado	Municipio Provincia Gobierno nacional	Municipio Provincia	Municipio	Municipio	Municipio Provincia	
Tribunal	CC	HC	CC	HC	CC	CC
Clase de remedio	Declaración sistémica (nacional) Orden de acuerdo extrajudicial (litigantes)	Declaración sistémica (regional) Requerimiento (litigantes)	Orden de acuerdo extrajudicial (litigantes) Sistémica (local)	Requerimiento (litigantes)	Requerimiento (litigantes)	Requerimiento / Indemnización (litigantes)
Fuerza del remedio	Débil	Fuerte	Fuerte	Débil	Mediana	Mediana
Abogados	Privado	ONG: LRC	ONG: CALS	Privado: WW	Privado	ONG: LRC
Coadyuvantes (amicus)	Si	No	Si	No	Si	No
Procesos posteriores de seguimiento	Si	Si	No	No	No	
Fuerza de la organización del demandante	Mediana	Fuerte	Débil	Mediana	Mediana	
Movimiento social o aliados externos	No	Si	Si	Si	Si	

Casos de salud		
	TAC	Westville
Año	2002	
Naturaleza de las quejas	Movimiento social	Movimiento social
Demandado	Nacional	Provincial
Tribunal	CC	HC
Clase de remedio	Declaración sistémica (nacional)	Mandamiento (provincial)
Fuerza del remedio	Mediana	Fuerte
Abogados	ONG:ALP	ONG:ALP
Coadyuvantes (amicus)		
Procesos posteriores de seguimiento	Sí	Sí
Fuerza de la organización del demandante	Fuerte	Fuerte
Movimiento social o aliados externos	Sí	Sí

Casos de seguridad social			
	Trilogía Ngxuzu/ Jaiya/Kate	Black Sash	Khosa
Año			
Naturaleza de las quejas	ONG	ONG	Individual (pero caso prueba para residentes permanentes)
Demandado	Gobierno nacional Provincia	Gobierno nacional	Gobierno nacional
Tribunal	HC	HC	CC
Clase de remedio	Mandamiento (nacional/ provincial)	Mandamiento (nacional)	Declaración sistémica (nacional)
Fuerza del remedio	Fuerte/Débil/ Mediana		Mediana
Abogados	ONG: LRC	ONG: Black Sash/ LRC	ONG: CMS
Coadyuvantes (amicus)			
Procesos posteriores de seguimiento	Sí	No	No
Fuerza de la organización del demandante		Fuerte	Mediana
Movimiento social o aliados externos	Sí	Sí	Sí

La “comunidad Grootboom” estaba formada por 390 adultos y 510 niños que residían originalmente en el asentamiento informal de Wallacedene.¹³ Localizada en la franja oriental del área metropolitana de Ciudad del Cabo, los residentes del asentamiento eran extremadamente pobres.¹⁴ Durante el invierno, fuertes lluvias habían dejado parte del asentamiento anegada y, en septiembre de 1998, sus habitantes se trasladaron a una propiedad vacía contigua. Sin embargo, esos terrenos eran de propiedad privada y habían sido asignados para viviendas de bajo costo. El 8 de diciembre de 1998, el propietario consiguió una orden judicial de desalojo, a pesar de que la comunidad había estado mal representada en la audiencia judicial. Sin embargo, la comunidad decidió permanecer en esos terrenos, ya que en ese momento había sido ocupado el lugar previo en Wallacedene y no tenían otro lugar a dónde ir.

Después de conseguir los fondos para llevar a cabo el desalojo, el propietario volvió al Tribunal en marzo de 1999 buscando una nueva orden. Esta vez, el magistrado le solicitó a un abogado privado local que representara a la comunidad. El resultado fue un acuerdo negociado con el municipio de Oostenburg: la comunidad abandonaría los terrenos antes del 19 de mayo de 1999 y el municipio prometía que buscaría terrenos alternativos. El abogado tenía la percepción (falsa por lo que parece) de que había pocas posibilidades de luchar contra el desalojo y que la municipalidad negociaría de buena fe. Oostenburg había concluido antes, en privado, que no había otros terrenos disponibles. Así el 18 de mayo mandó los bulldóceres a demoler y quemar el asentamiento. Sin viviendas, la comunidad buscó refugio en el campo de deportes de Wallacedene.

Con el apoyo del director del African National Congress (ANC), la comunidad se manifestó ante las oficinas locales de la municipalidad, controladas por el New National Party. Sin embargo, la única respuesta sustantiva fue el requerimiento de la municipalidad a un político del ANC para “solucionar el problema” (Marcus y Budlender, 2008). Durante las discusiones posteriores con este político, la comunidad decidió que presentaría acciones legales contra los gobiernos local, provincial y nacional. Después de un intento más por conseguir un

13 Irene Grootboom fue la primera demandante nombrada en el caso y fue el punto regular de contacto entre la comunidad, los abogados y el Gobierno. Podía hablar afrikáans y xhosa. Sin embargo, parece ser que el liderazgo en la comunidad era compartido por varias personas.

14 En 1997, se determinó que el 25 % de ellos no tenía ningún ingreso.

acuerdo, se interpusieron acciones legales urgentes el 31 de mayo de 1999. Los demandantes exigieron que los demandados “proporcionaran un alojamiento temporal básico adecuado y suficiente o vivienda para los demandantes y sus hijos”, mientras se decidía sobre el alojamiento permanente y que, mientras tanto, “se proporcionara nutrición adecuada y suficiente, alojamiento, servicios de salud y asistencia social” a todos los hijos de los demandantes.

Después de una inspección *in situ* llevada a cabo por el magistrado instructor Josman, el 17 de diciembre de 1999 el magistrado Davis dictó una sentencia (en la que el magistrado Comrie aclaró su voto).¹⁵ Los derechos de los niños de la sección 28 de la Constitución fueron ratificados y el Tribunal Superior ordenó que se proporcionaran “tiendas, letrinas portátiles y un suministro regular de agua” antes de tres meses a las familias. Sin embargo, no se dio ninguna orden para los adultos sin hijos: la sección 26, que dispone que todos tienen el derecho a una vivienda adecuada, está expresamente limitada por el requisito de tener recursos disponibles. La municipalidad apeló la orden directamente a la Corte Constitucional. El Community Law Centre, que había asesorado en algunas cuestiones a los demandantes, y la South African Human Rights Commission se unieron como coadyuvantes (*amicus curiae*).

Al comienzo de la audiencia, la Corte Constitucional dictó una orden tras un acuerdo al que llegaron las partes. El municipio debía proporcionar inmediatamente fondos para materiales y entregar un baño provisional e instalaciones sanitarias, y también materiales para impermeabilizar las chozas de los residentes. Una sentencia unánime abordó luego las cuestiones más generales. Como ponente, el magistrado Yacoob declaró que el programa nacional de vivienda no cumplía con todas las obligaciones del Gobierno establecidas en la sección 26 de la Constitución: las autoridades no tuvieron en cuenta las circunstancias de aquellos con necesidades apremiantes, ni dispusieron recursos para su mejora temporal inmediata. Fue aprobada una orden declaratoria a esos efectos, que afirmaba que la sección 26 de la Constitución imponía al Gobierno nacional, en concreto, las obligaciones de diseñar, financiar, implementar y supervisar medidas para proporcionar alivio a las personas en situación de gran necesidad.¹⁶ La orden del Tribunal

15 Grootboom *vs.* Oostenberg Municipality 2000 (3) BCLR 277 [25], magistrado ponente Davis (salvamento de voto magistrado Comrie).

16 El programa debe incluir medidas razonables como las contempladas en la ley de tierras, la Accelerated Managed Land Settlement Programme, aunque puede ir más allá, para proporcionar remedios a las personas que no tienen acceso a la tierra, no tienen techo o viven en condiciones intolerables o situaciones de crisis.

Superior, conforme a la sección 28 fue anulada, puesto que la Corte Constitucional interpretó que la sección 26 prescribía la realización progresiva del derecho, en función del máximo de recursos disponibles.¹⁷ De paso, la Corte Constitucional también comentó que “la forma en la que se llevó a cabo el desalojo” fue una “violación” de la obligación negativa de no desalojar forzosamente a nadie, consignada en la sección 26 de la Constitución.

Más allá de esa declaración, no se dieron otras órdenes. La Corte Constitucional señaló que el segundo coadyuvante, la Comisión Sudafricana de Derechos Humanos (CSDH), había prometido “supervisar y, si era necesario, informar en ejercicio de estas facultades sobre los esfuerzos realizados por el Estado para cumplir con sus obligaciones de la sección 26 conforme a esta sentencia”.¹⁸ El que esta declaración constituya una orden formal es algo discutido (cfr. Berger, 2008; Liebenberg, 2010, pp. 402, 403). La CSHD informó, no obstante, sobre la implementación; Pillay (2002) y Liebenberg (2010) describen sus grandes esfuerzos para vigilar los planes locales y provinciales dirigidos a proporcionar alojamiento permanente a la comunidad. Su informe general y detallado a la Corte Constitucional, enviado el 14 de noviembre de 2001, describe el conflicto entre las ramas del Gobierno para ver quién era responsable, y la falta de claridad sobre el contenido de la orden declaratoria. Sin embargo, muchos critican que la Comisión no haya realizado seguimiento adicional a su decisión (Berger, 2008, p. 77).

Volviendo a la cuestión sobre el cumplimiento, evaluar el grado de conformidad de las autoridades es un reto. Una estricta interpretación de las órdenes significaría limitar la evaluación a la implementación de la orden sobre el asentamiento y la adopción e implementación de una política nacional para emergencias (Liebenberg, 2010). Una interpretación más amplia implicaría examinar si la sentencia llevó a que cesaran los desalojos forzosos (Mbazira, 2008b). Sin embargo, la naturaleza restrictiva de las órdenes en este caso ha inclinado gran parte del debate a la cuestión de los efectos. En otras palabras, ¿cuál fue el efecto más amplio de la sentencia (o de la opción de usar los tribunales o de los propios derechos constitucionales)? Por tanto, los críticos se han concentrado en si la comunidad consiguió viviendas permanentes o si la política de vivienda se transformó (Pieterse, 2007). Por esta razón, la discusión se centrará sobre todo en la implementación de las órdenes y también en los efectos más generales. Eso es de especial importancia

17 Esta interpretación ha sido muy criticada desde el punto de vista de los derechos de los niños (Sloth-Nielsen, 2001).

18 Grootboom (2001), pará. 97.

puesto que la mayoría de los análisis de esta dimensión se basan en investigaciones anteriores a 2005, y en un único artículo de periódico publicado en 2008.

La orden sobre el acuerdo extrajudicial (y el acceso a la vivienda)

Si bien la comunidad consiguió llegar a un acuerdo extrajudicial amistoso antes de la audiencia de la Corte Constitucional, este fue inmediatamente incumplido por el municipio, que no tomó ninguna medida para suministrar los materiales, el agua y el alcantarillado prometidos (Berger, 2008). Eso hizo que se presentara una demanda de seguimiento para que el acuerdo se convirtiera en una orden formal del Tribunal.¹⁹ Tras esa orden, se suministraron los materiales y las instalaciones, pero surgieron quejas sobre la calidad del agua y las instalaciones sanitarias, aunque las condiciones generales mejoraron un poco (Langford, 2003). Los líderes comunitarios se quejaron de las tuberías rotas, de la falta de materiales de limpieza y de haber sido enviados del gobierno local al provincial y viceversa, una y otra vez, cuando intentaron solucionar los problemas de mantenimiento.²⁰ Como expresó Pillay (2002, p. 2), la “parte de la orden que requería intervenir una sola vez” fue cumplida, pero “otras partes de la orden, que requerían una intervención continua, como el mantenimiento y la provisión de servicios, no lo han sido”.²¹

Al mismo tiempo, el acuerdo facilitó seguridad en la posesión de los terrenos para la comunidad. El proceso judicial efectivamente eliminó la amenaza previa de desalojo y disolvió la aquiescencia inicial de la comunidad frente a ello. La comunidad había vencido, efectivamente, los esfuerzos vigorosos del municipio para echarla. Había un acuerdo tácito entre las partes de que la comunidad podría residir en el campo de deportes a pesar de las quejas de las asociaciones deportivas (Liebenberg, 2010). Eso parecía ser una victoria marginal, pero su importancia a lo largo del tiempo no puede ser subestimada. Los municipios habían comenzado acciones de desalojo en muchas partes del país tras la consolidación de los gobiernos locales en la transición *postapartheid*.

19 *Grootboom vs. Government of the Republic of South Africa* (orden no publicada en el caso CCT/00), 21 de septiembre de 2001.

20 “Treated with contempt”, *Times Live*, 21 de mayo de 2004 (<http://www.timeslive.co.za/sundaytimes/article88628.ece>).

21 Debe anotarse que la demanda original de la comunidad para acceder a servicios sociales para niños acabó por perderse en el acuerdo extrajudicial y en la sentencia de la Corte Constitucional.

En 2001, Huchzermeyer (2003) registra el desalojo de 6.000 viviendas en Alejandría y de 10.000 en Bredell.

La atención de los comentaristas se ha dirigido, sin embargo, hacia el lento progreso en garantizar vivienda permanente para la comunidad (Joubert, 2008; Pieterse, 2007). Esa frustración era compartida por la comunidad. En 2002, su líder anunciaba desesperado: “Ganamos el campeonato, pero ¿dónde está el trofeo?”²² Sin embargo, el acceso a viviendas permanentes no fue ordenado por el Tribunal, y ni siquiera fue solicitado por la comunidad en sus peticiones al Tribunal Superior. La Corte Constitucional reconoce incluso los esfuerzos más generales del Gobierno por construir casas para los pobres.²³ Marcus y Budlender (2008, p. 63) concluyen que “las expectativas infladas [de la comunidad] y la consiguiente desilusión” con respecto a la relevancia de la sentencia parecen haber surgido de la “falta de comunicación clara entre el abogado y sus clientes sobre los resultados probables y reales del caso”.

Sin embargo, el progreso con respecto al acceso a la vivienda permanente merece la pena investigarse. La comunidad adquirió expectativas legítimas de acceso a la vivienda en el mediano o largo plazo, y claridad sobre la utilidad de las estrategias judiciales constitucionales basadas en derechos. La Corte Constitucional sudafricana ha sido criticada por no prestar atención al alivio de “las consecuencias concretas de la penuria socioeconómica”, y por dedicarle demasiada atención a la “coherencia, racionalidad, inclusión y flexibilidad de las medidas legislativas o de política pública” (Pieterse, 2007, p. 811).

La historia completa del trayecto de la comunidad hacia la consecución de la vivienda permanente es compleja. El obstáculo inicial fue la falta de coordinación burocrática. La Ciudad del Cabo y el gobierno de la región oriental del Cabo se tomaron un año para decidir cuál debería ser “el centro responsable” de implementar la sentencia (Pillay, 2002). Es interesante señalar que el primer plan se concentró en el área de Wallacedene, buscando garantizar la reubicación permanente de todos los residentes de ese lugar, en lugar de las reformas más generales requeridas por la política de vivienda de emergencia (que tuvo lugar después). Pillay (2002) critica al municipio por esa decisión. Pero podría adoptarse la opinión contraria. A pesar de que la Corte dio una

22 Entrevista de Malcolm Langford con Lucky Gwaza, febrero de 2002.

23 “Lo que se ha hecho en la ejecución de este programa es un logro importante. Se han gastado grandes sumas de dinero y se han construido un número importante de casas. Se han dedicado y continúan dedicándose considerable reflexión, energía, recursos y conocimientos especializados al proceso del suministro efectivo de vivienda” (Grootboom, *pará.* 53).

orden aplicable para toda la nación, el uso de los tribunales llevó al municipio a dirigir su atención a las necesidades de su localidad.

El plan de Wallacedene involucra una serie de reasentamientos por etapas mediante los cuales los residentes podían escoger entre viviendas construidas por un contratista (viviendas RDP) o viviendas del programa público People's Housing Process. Las casi 130 hectáreas de la Blue Ridge Farm iban a comprarse para la construcción de 6.800 viviendas de bajo costo, mientras que otras serían desarrolladas en el mismo Wallacedene (LRC, 2002). Pero en marzo de 2002, cuando se les presentó un plan a los miembros de la comunidad Grootboom, su líder, Lucky Gwaza, expresó tristeza: "Reubicar a esta gente solo ocurrirá durante la fase tres del desarrollo, en cinco o seis años" (LRC, 2002). El plan contemplaba diez fases y la intervención en la comunidad Grootboom estaba planeada para la fase 4 (que se completaría en 2008). Se consideró que otros sectores del área de Wallacedene tenían mayores necesidades. Eso significaba claramente defraudar a la comunidad Grootboom, pero al menos demostraba que estaban siguiéndose los principios de la sentencia: los más desfavorecidos tenían prioridad. Uno de los líderes de las otras comunidades, Mawethu Sila reconoció que la comunidad pensaba "que la sentencia iba a ser para treinta demandantes", pero terminó por aceptar la necesidad de un plan más general de manera que "la sentencia, por mucho que fuera de ayuda para nosotros, no solo nos ayudará a nosotros".²⁴

Sin embargo, en el año 2008, el plan solo había llegado a la mitad de la comunidad que escogió el People's Housing Process. Los que eligieron viviendas edificadas por contratistas, como la señora Grootboom, enfrentaron retrasos. Si bien 3.000 de esas viviendas habían sido construidas en el área de Wallacedene (Nicholson, 2008b), la construcción se retrasó múltiples veces por montones de inconvenientes burocráticos, entre los cuales el más notable fue la cancelación de la oferta de un constructor debido a acusaciones de corrupción. Hubo también preocupaciones sobre la calidad de la construcción, la clase de cimientos de los edificios, la ubicación de las viviendas y la disponibilidad de un alojamiento alternativo durante la construcción. Por tanto, cuando murió la señora Grootboom, en mayo de 2008, todavía estaba esperando su reubicación (Joubert, 2008). Sin embargo, este grupo fue informado de que sería incluido en la siguiente ronda y, para 2009, la mayoría ya contaba con vivienda permanente. En 2012, Sila indicó que el 90 % tenía alojamiento permanente, pero que seguía habiendo desacuerdos

24 Entrevista de Wilmien Wicomb con Mawethu Sila, Wallacedene, 2 de junio de 2012.

con los contratistas y el municipio con respecto a la calidad y la localización, lo que ha llevado a varios de los restantes a rechazar las ofertas.

Así las cosas, la gran mayoría de la comunidad consiguió acceder a vivienda permanente y parece ser que la sentencia aceleró este proceso al provocar el plan de Wallacedene. En el funeral de la señora Grootboom se le rindió tributo precisamente por eso. Su nieta de 16 años declaró: “Era muy amorosa y hubiera hecho lo que fuera por cualquiera. Hizo mucho por la gente de la comunidad. Si no hubiera sido por ella, no tendríamos casas ahora” (Nicholson, 2008a). Al mismo tiempo, la comunidad vivió en condiciones penosas durante mucho tiempo, y es difícil calcular en cuántos años redujo la sentencia el tiempo para conseguir una vivienda permanente. Pero hay una clara conexión causal entre la sentencia y la creación del plan, y potencialmente con su implementación, debido a la elevada visibilidad social del caso.

Política de vivienda de emergencia

Aunque la reclamación de la comunidad abordaba su propia situación, la sentencia se concentró en las obligaciones más amplias del Estado, en especial hacia todos aquellos con necesidades de extrema urgencia. La decisión, por consiguiente, tenía el potencial de conseguir efectos sistémicos más amplios. Al respecto, en octubre de 2000 la BBC informó que si bien los efectos de la sentencia eran poco claros “en la práctica”, no obstante “podría producir una revisión integral de la política de vivienda del Gobierno” (Barrow, 2000). Con algo menos de optimismo con respecto a la política pública de vivienda, el representante del coadyuvante en el caso, el LRC, prefirió subrayar el factor desestabilizador patente que tenía la sentencia con respecto a la política de vivienda y la teoría del derecho. Señalaron que el caso era “un momento clave de nuestra democracia constitucional”, al haber sometido la política pública del Gobierno a revisión judicial y haber defendido el cambio político: “algo muy fundamental ha cambiado de manera sutil en Sudáfrica: el poder de la gente desesperadamente pobre para conseguir asistencia del Estado” (LRC, 2002, p. 4). De hecho, once años después, el líder de la comunidad Grootboom ratificó esa contribución: “Fue un gran avance, porque podíamos ver que la democracia estaba tomando plena fuerza”; era “una forma de comprobar” si “la Constitución de nuestro país miraba a los ricos o a los pobres”.²⁵

En cuanto a la orden concreta, se adoptó una nueva política de vivienda de emergencia. En agosto de 2003, dos años y medio después de la sentencia, los ministros nacionales y provinciales aprobaron un

25 *Idem.*

nuevo programa, el Housing Assistance in Emergency Situations. El programa reconoce explícitamente que fue pensado como resultado directo de la sentencia Grootboom, y también de las graves inundaciones en la provincia de Limpopo en el año 2000;²⁶ analiza la sentencia en cierto detalle y señala que la Corte encontró que los programas actuales “no satisfacen los requisitos de la Constitución”, y “sugirió que una parte razonable del presupuesto nacional fuera dedicada a proporcionar ayuda a aquellos con necesidades agobiantes” (LRC, 2002). En abril de 1994, esa política pública se incorporó al Código Nacional de Vivienda:

Trata de las normas para situaciones de urgencia excepcional en vivienda [...] [para] personas que, por razones más allá de su control, se encuentren en una situación en la que necesidad de vivienda sea excepcional y urgente [...] La asistencia prestada consiste en fondos mediante subsidios a los municipios para hacer efectivo el desarrollo acelerado de la tierra, y la prestación de servicios municipales básicos de ingeniería y alojamiento.²⁷

La necesidad urgente o excepcional se definió como una situación de vivienda de emergencia (por ejemplo, destrucción o daños importantes a una casa existente), o como una situación que planteara un peligro inmediato para las vidas, la salud, la seguridad o el desalojo (o la amenaza de un desalojo inminente). Si bien la Corte se refirió solo de manera vaga a la asignación de un apoyo presupuestal apropiado, la Hacienda Pública Nacional decidió asignar un 0,8 % del presupuesto nacional de vivienda a la implementación de la política. Así quedó consignado, pero en última instancia no se llevó a cabo, debido a que el Departamento de Vivienda no ejecutaba todo el presupuesto disponible, así que no hubo necesidad de separar una partida específica.

En 2009, el programa proporcionó 22.416 *rands* (2.741 dólares al cambio de la época) para la reparación de servicios existentes y una cantidad equivalente al subsidio individual para la reconstrucción de viviendas existentes. Para asistencia temporal se entregaban 4.230 *rands* para servicios de ingeniería municipal, y 47.659 *rands* para construcción de alojamientos temporales,²⁸ para los cuales las directrices ordenaban un nivel máximo de servicios de ingeniería básica y requisitos

26 Véase p. 5 del documento.

27 La sección 4 de la ley de vivienda, la National Housing Act 107 of 1997, ordena la publicación de un Código de Vivienda (National Housing Code) por el ministro de Vivienda.

28 DHS “Subsidy Quantum — Incremental Interventions”, parte 3, vol. 4, del National Housing Code (2009) 4.

de alojamiento, en la medida en que el programa no pretendía proporcionar vivienda formal o permanente.²⁹

Es evidente que la adopción de una política pública representa cumplimiento de la sentencia; sin embargo, en la práctica, la implementación de esta política es otra historia, que plantea la cuestión de verificar si el nivel de cumplimiento es satisfactorio, dado que ha tenido numerosos problemas. Solo los municipios (y no las comunidades) pueden solicitar financiación, y solo cuando haya una situación de emergencia demostrable. El uso del Emergency Housing Programme por los municipios ha sido “mínimo” y, en gran parte, *ad hoc* (Tissington, 2011b). SHF y Urban Landmark (2010) han demostrado que solo seis de nueve provincias han reclamado financiación hasta ahora, y que la mayoría de los subsidios fueron entregados para desastres e inundaciones en áreas rurales, aunque eso no refleja la iniciativa del Estado para el uso de los fondos. Uno de los principales problemas ha sido la definición restrictiva de emergencia, combinada con procedimientos institucionales dispendiosos, con procesos que llevan hasta 18 meses y a veces acaban en desestimaciones cuestionables (Tissington, 2011b). Posiblemente esto confirma la conclusión de Liebenberg (2010) de que la política pública no es del todo compatible con la sentencia. La constitucionalidad del programa fue cuestionada en parte por los demandantes del caso Nokotyana ante la Corte Constitucional en 2010, pero solo en relación con el estándar de las instituciones provisionales sanitarias y el suministro de postes de iluminación públicos.³⁰

Es más problemático el hecho de que cuando la política se ha desarrollado en áreas urbanas, el propósito principal hayan sido los desalojos. Los residentes son trasladados a áreas de reubicación temporal (TRAS, por su sigla en inglés) o a “campos de tránsito”. En apariencia, esto ayudó con respecto a los retrasos en vivienda, pero Tissington (2011b, p. 96) argumenta que:

Los hogares han pasado de las chozas que ocuparon, a veces durante muchos años, a esas zonas en las que a menudo se deja indefinidamente a las familias, sin un plazo que les permita saber cuándo recibirán alojamiento permanente. Están, en efecto, en “la lista de pendientes”, porque ni viven en asentamiento informales ni son ocupantes de viviendas formales RDP

29 El acceso al agua significa un punto de agua o grifo para cada 25 familias; las instalaciones sanitarias varían de un área a otra; no obstante, cuando sea posible hay que proporcionar letrinas ventiladas y mejoradas como primera opción, en cantidad de una por cada cinco familias; los postes de alumbrado público se proporcionan en circunstancias especiales.

30 Nokotyana and others *vs.* Ekurhuleni Municipality 2010 (4) BCLR 312 (CC) (Nokotyana).

o públicas. Debido a su llamada naturaleza provisional, los funcionarios del municipio no están dispuestos a invertir mucho en infraestructura en esas áreas y, de hecho, el Emergency Housing Programme lo desaconseja explícitamente.

Una de las pocas excepciones ha sido el uso creativo de la política pública para proporcionar mejoras *in situ* de los asentamientos subnormales. En el proceso judicial Bardale, una comunidad estuvo de acuerdo en salir de un asentamiento contiguo a las vías del tren y reubicarse en un lugar nuevo, y los fondos de vivienda de emergencia fueron usados para pagar los costos iniciales de la reubicación de una forma flexible, de manera que el lugar del nuevo asentamiento y la vivienda pudieran desarrollarse progresivamente.³¹ Pero, en lo principal, la apropiación de la política por la ciudadanía para facilitar las “reubicaciones” ha sido casi siempre devastadora para los residentes urbanos y los ha dejado en una situación peor de la que estaban (Hunter, 2010).

Efectos indirectos

Merece la pena mencionar que algunos de los efectos indirectos de la sentencia fueron más importantes. En primer lugar, es probable que la sentencia y la política nacional hayan estimulado a los municipios a proporcionar servicios provisionales, con independencia del acceso a los fondos nacionales. En el caso de la municipalidad de Stellenbosch, hubo una gran conciencia de las demandas judiciales potenciales contra el municipio: en entrevistas, los funcionarios indicaron que adoptaron como práctica proporcionar de forma inmediata agua y puntos de acceso a servicios sanitarios en los asentamientos informales que crecen vertiginosamente en los extremos de la ciudad.³² Sin embargo, no todos los municipios han reaccionado positivamente, sobre todo en KwaZulu Natal, Cabo Oriental y Ekurhuleni en Gauteng. Encontrar datos que permitan obtener números precisos sobre el suministro básico de agua, servicios sanitarios y electricidad a los asentamientos informales no es fácil, pero las estadísticas indicarían que ese suministro está creciendo más rápidamente, al menos desde 2008.³³

31 Para un análisis completo de este caso, véase Langford (2014).

32 Entrevista con las autoridades municipales de Stellenbosch, febrero de 2008.

33 Desde el año 2000, los servicios de agua en zonas poco desarrolladas (conocidas por “below RDP”, es decir, que no llegan a los estándares del programa de desarrollo, el Reconstruction and Development Programme) estaban creciendo con mayor rapidez que en las zonas que estaban por encima del estándar RDP. Hacia 2008 eso comenzó a cambiar y las segundas consiguieron las mismas tasas de crecimiento. Las informaciones anecdóticas indicarían que

En segundo lugar, posiblemente se haya contribuido a una nueva política para asentamientos informales. Ya en el año 2001 existía el reconocimiento general de que la política de vivienda necesitaba una reforma sistémica. En 2002 y 2003, un proceso de revisión del Gobierno identificó los problemas del sector, incluido el retraso en la provisión de viviendas y el crecimiento continuado de los asentamientos informales. El documento final, *Breaking New Ground*, de 2004, fue más modesto que lo esperado, pero aprobó un nuevo Programa para Asentamientos Informales (incluido el capítulo 13 del Código de Vivienda). Los asentamientos informales serían mejorados en su ubicación actual o se harían reubicaciones en circunstancias excepcionales.³⁴ Es probable que la sentencia *Grootboom* tuviera incidencia en influenciar el desarrollo de la política pública, teniendo en cuenta el momento en el que se dictó. En una decisión del año 2009, la Corte Constitucional afirmó justo eso, y señaló que la política era un intento del Gobierno de implementar el derecho a la vivienda en la Constitución.³⁵ Aunque la influencia real tal vez fuera mínima, puesto que la política reflejaba el espíritu de la época, la sentencia contribuyó al menos a legitimar la existencia de los asentamientos informales y sus residentes como titulares de derechos. En cualquier caso, no es claro que la política haya producido logros importantes. Entre 2004 y 2010, la mejora en las principales áreas urbanas ha sido escasa (Huchzermeyer, 2010), aunque ha habido avances en algunos pueblos más pequeños. La política ha tenido dificultades por intentos de desalojar a las comunidades, grandes rupturas en las relaciones entre municipios y comunidades, un énfasis discursivo en erradicar en lugar de mejorar, y un proceso complejo y descentralizado que contribuyó a largos retrasos burocráticos.³⁶ En su mayor parte, los municipios parecen resistirse a la política, que ha sido opacada por el crecimiento de los asentamientos informales en Sudáfrica. Es paradójico que algunos de los éxitos más prometedores a la hora de implementar esta política hayan surgido de la resistencia a los intentos de desalojo por los municipios.³⁷

hay un movimiento para, al menos, identificar los asentamientos informales, proporcionar servicios (a menudo rudimentarios y con variaciones entre asentamientos y municipios) y un diseño preliminar de planes para futuros desarrollos.

34 Los municipios pueden acceder a fondos públicos para las cuatro etapas de la actualización, mientras que los subsidios individuales (o de otra clase) se usarán en la etapa final de construcción.

35 Nokotyana (2009), par. 24.

36 Véase Soeker y Bhana (2010).

37 Teniendo en cuenta la complejidad del programa y su naturaleza descen-

En tercer lugar, la predicción del LRC acerca de la importancia de la sentencia Grootboom para la jurisprudencia constitucional fue correcta en gran parte. Todos los casos cruciales de derechos socioeconómicos en la jurisprudencia sudafricana (a la vivienda, a la salud, a la seguridad social) se han elaborado en gran medida a partir de los principios establecidos en Grootboom. Otros movimientos sociales y ONG han señalado su deuda jurídica con la decisión (Marcus y Budlender, 2008, p. 66). En el terreno de los derechos a la vivienda y los desalojos, la decisión claramente ha constituido el fundamento de una gran variedad de sentencias judiciales.³⁸ Hay casos de jueces del Tribunal Superior que después ordenaron desalojos que no cumplían los estándares constitucionales (véanse Huchzermeyer, 2003, y el análisis del caso Makuase más adelante; Wilson, 2006), pero Geoff Budlender argumenta que a lo largo de una década, la mayoría de los jueces de zonas urbanas han adquirido conciencia de los principios constitucionales, y las oportunidades de evitar el desalojo forzoso a través de los tribunales han mejorado notablemente.³⁹

En cuarto lugar, tal vez el efecto indirecto más importante sea casi imposible de medir: la incidencia de Grootboom en la política social. Los funcionarios superiores de departamentos como Agua y Seguridad Social han reconocido que el precedente afectó los cálculos de política pública. Si no conseguían progresos suficientemente rápidos, existía la preocupación de que los departamentos pudieran ser demandados en

tralizada, la movilización o la creación de voluntad política local y provincial es determinante (van Wyk, 2007). El Capítulo 13 solo puede aplicarse una vez que el MEC para vivienda local ha tomado la decisión de mejorar el asentamiento. De hecho, en Nokotyana la Corte Constitucional recriminó al MEC por tardar tres años en tomar una decisión, aunque le concedió otros 14 meses más (Nokotyana [2009], pará. 23). Además, la Corte interpretó, sorprendentemente, que el programa no permitía servicios en las etapas ya iniciadas hasta que se tomara la decisión final, a pesar de una norma que los permite expresamente como parte de la política pública (Huchzermeyer, 2010).

38 Confirmaron el derecho a un alojamiento alternativo en casos de desalojo, extendieron las protecciones constitucionales en contra de los desalojos a los deudores morosos y a los ocupantes de tierras y viviendas privadas, establecieron estándares mínimos del alojamiento alternativo, establecieron el deber del municipio de plantear un diálogo sustantivo con la comunidad, proporcionar el derecho de reinstalar las viviendas informales y volver a los terrenos en casos de desalojo forzoso, e impidieron las medidas regresivas respecto a las protecciones legislativas contra los desalojos. En algunos casos de desalojo, la sentencia Grootboom se ha usado activamente como un escudo: la ausencia de un programa efectivo de vivienda impedía autorizar los desalojos porque la gente quedaría en situación de miseria. Para un análisis en profundidad de esta jurisprudencia, véase Liebenberg (2010).

39 Entrevista con Geoff Budlender, febrero de 2010.

los tribunales.⁴⁰ Marcus y Budlender (2008, p. 66) encontraron efectos parecidos entre sus encuestados y concluyen que “el Gobierno ha comenzado a incluir esos factores en sus procesos de elaboración de presupuestos y reacciona mucho más a las acciones de los abogados”. Las entrevistas con funcionarios del Departamento de Vivienda de Ciudad del Cabo y Johannesburgo indicarían que consideraron Grootboom (y algunas sentencias posteriores) como decisiones que fueron útiles para moverlos a revisar lo apropiado de la política pública.⁴¹ Aunque hubo una fuerte resistencia a la posibilidad de que mediante sentencias se ordenara realizar asignaciones presupuestales, también ha habido un aumento importante del presupuesto de vivienda durante la última década.

En quinto lugar, no está claro cuánto han repercutido Grootboom y las sentencias que la siguieron en la práctica de los desalojos forzados. No se han recogido datos sistemáticos, pero está relativamente claro que el número de desalojos a gran escala de iniciativa gubernamental se han reducido de forma notable, si no es que han desaparecido, aunque aquellos a pequeña escala continuaron. Si bien los desalojos se citan como una causa de las protestas relativas a la prestación de servicios desde 2004, no son la principal causa de las protestas cuando se compara con asuntos relativos a la energía, el agua y las preocupaciones más amplias sobre la vivienda (Jain, 2010). Cabría sostener que los costos jurídicos, económicos y políticos del desalojo de grandes grupos han contribuido a que los municipios ahora tomen por objetivo grupos de residentes más pequeños, o a que animen a los propietarios particulares a asumir la responsabilidad del desalojo.⁴²

En sexto lugar, cabe argumentar que la sentencia creó una herramienta que podía usarse en el campo político. La incidencia de Grootboom en la política social, y el uso del precedente en casos posteriores es una prueba de que ha habido un cambio en las relaciones de poder. No obstante, el caso ha sido más bien una variable en segundo plano para esos cambios. A este respecto, es fácil aceptar el argumento de que la falta de un “movimiento social” en este proceso judicial significó

40 Véase Caspar Human (2006), del Department of Water Affairs and Forestry, y las declaraciones que hizo en una conferencia internacional sobre agua (International Conference on Right to Water), Berlín, octubre de 2005. Véanse también las declaraciones de Thabo Rakoloti, director de asistencia social del Department of Social Development en una conferencia internacional sobre el derecho a la seguridad social (Conference on the Right to Social Security in development), Berlín, 19-20 de octubre de 2009.

41 Entrevista en febrero y marzo de 2010.

42 Entrevista con Stuart Wilson, abril de 2011.

que se perdió la oportunidad de usar la sentencia para conseguir otros beneficios directa y rápidamente.

De hecho, es dudoso que haya habido algún reconocimiento significativo o efectos simbólicos. En 2002, el LRC declaró que la sentencia había “cambiado el debate sobre derechos sociales y económicos, lo apartó de las discusiones sobre consecuencias presupuestales y lo llevó hacia la forma en la que el Gobierno trata a las personas que viven en circunstancias penosas” (2002, p. 4). Eso es parcialmente cierto. En los medios de comunicación, la burocracia nacional y algunos municipios, Grootboom parece haber contribuido a una visión más progresista de los derechos de quienes viven en asentamientos informales y en situaciones de emergencia. Sin embargo, toda victoria simbólica y otros esfuerzos por hacer más visibles a los habitantes de estos asentamientos han chocado de frente con un discurso de oposición, “un enfoque de la pobreza urbana basado en la seguridad” (Pithouse, 2009, pp. 1, 2). Los intentos por eliminar de la legislación las protecciones de vivienda para los habitantes de asentamientos subnormales fueron frustrados por los movimientos sociales en la Corte Constitucional,⁴³ pero han coincidido con un discurso de criminalización y ataques a movimientos como Abahlali baseMjondolo (Amnesty International, 2009). La jurisprudencia creciente sobre evicciones y derechos a la vivienda parece haber creado alguna reacción adversa entre funcionarios y algunos líderes del ANC (Marcus y Budlender, 2008, p. 66), y explica los intentos por retroceder de la ley de prevención de desalojos (Prevention of Illegal Eviction), a la Ley sobre ocupación ilegal de tierras (Unlawful Occupation of Land Act 19) de 1998 (PIE Act).

Cuando se reflexiona sobre la decisión Grootboom, el nivel de cumplimiento y los efectos de la sentencia fueron mucho más amplios de lo que se sugiere en la literatura. Sin embargo, las deficiencias burocráticas y la falta de voluntad política y burocrática de ejecutarla o tenerla en consideración comprometieron el suministro rápido de refugios y de vivienda a la comunidad Grootboom, así como la implementación efectiva de una política al respecto. Pero antes de preguntar si esas limitaciones en el lado de la oferta podrían haberse superado con mejores estrategias por el lado de la demanda (como una mayor movilización social) o medidas judiciales más sólidas, es importante comparar varios casos de derechos a la vivienda, muchos de los cuales comienzan en las mismas circunstancias que Grootboom.

43 Abahlali baseMjondolo Movement SA *vs.* Premier KZN and Others (2009).

Otros casos sobre derecho a la vivienda

Valhalla (caso Rudolph)

El caso Valhalla o Rudolph está fundamentado en el precedente Grootboom. En 2002, la Ciudad del Cabo presentó una solicitud urgente para desalojar y demoler las viviendas de casi cincuenta personas que estaban viviendo ilegalmente en chozas en un parque público en el barrio residencial de Valhalla Park. Al recurrir a la “autoayuda”, Ciudad del Cabo afirmaba que los demandados efectivamente se habían “saltado la cola” y obtenido una ventaja injusta por delante de los miles de la lista de espera. Los residentes y un grupo de acción cívica local, el United Civic Front (UCF), se opusieron a la solicitud de desalojo y respondieron con una contrademanda. Afirmaban que la ciudad no había proporcionado viviendas adecuadas en Valhalla Park, y que la política de vivienda no satisfacía los requisitos establecidos en Grootboom.⁴⁴ Todos los residentes enfrentaban situaciones desesperadas de vivienda: la mayoría eran desempleados y no podían permitirse pagar una renta siquiera nominal. Muchos habían estado también en la lista de espera para conseguir una vivienda por más de una década.

El magistrado Selikowitz rechazó la demanda de desalojo urgente de la ciudad porque no cumplía con varios requisitos conforme a PIE.⁴⁵ También aceptó la contrademanda, y determinó que la ciudad no había implementado un programa que se ocupara de la situación inmediata de las personas en una situación de crisis, aunque afirmó que una orden declaratoria por sí misma no bastaría, puesto que la ciudad no había cumplido con Grootboom, por lo que se dictó un requerimiento judicial estructural. A la ciudad se le ordenó entregar, en un plazo de cuatro meses, un informe que contuviera las medidas adoptadas y las que tomaría en el futuro para cumplir el fallo.⁴⁶

Más adelante, la ciudad entregó cuatro informes, pero los residentes contradijeron lo apropiado de esas medidas. El magistrado Selikowitz determinó que la ciudad había reconocido, aunque de forma inconsistente, lo que necesitaba hacerse, pero no había adoptado las medidas necesarias. En concreto, no había pruebas de que estuviera en operación un programa que se ocupara de aquellos en circunstancias

44 Valhalla Park United Civic Front Organisation and Environment and Geographical Science Department (UCF) (2007).

45 No había peligro real e inminente de daño o lesión sustancial a ninguna persona o propiedad derivado de la ocupación; la ponderación de las condiciones de penuria no favorecía conceder la orden y la ciudad tenía otros recursos efectivos disponibles.

46 City of Cape Town vs. Rudolph and Others 2004 (5) SA 39 (C).

desesperadas, como los demandantes. En consecuencia, el juez dictó una orden declaratoria.⁴⁷ Sin embargo, Selikowitz declinó conceder un requerimiento judicial estructural, puesto que los ocupantes ya no se enfrentaban al desalojo y la ciudad había reconocido, al menos, los derechos de los demandantes e iniciado acciones.

Las entrevistas con la municipalidad en febrero de 2010 indicaron que la política de vivienda se reformó en parte tras la publicación de la sentencia. Además, ningún ocupante de Valhalla Park fue desalojado. Los residentes actuaron para mejorar las condiciones del asentamiento y las entrevistas realizadas en 2007 indicaban cierto orgullo de la comunidad por ese logro, pero también frustración por no haber ido más allá.⁴⁸ En 2008, la ciudad presupuestó la mejora del asentamiento y comenzó el desarrollo formal de vivienda de bajo costo en la zona, en el que serían incluidos los demandantes.

Gabon (caso Modderklip)

Al contrario de Valhalla, la lucha de la comunidad de Gabon contra el desalojo introdujo una nueva variable en el proceso de cumplimiento: una sanción económica por incumplimiento, que demostró ser de una importancia enorme. En mayo de 2002, un grupo pequeño (de unas 400 personas) se instaló en la granja Modderklip, al oriente de Johannesburgo, después de ser desalojados por el Estado de un asentamiento más grande y sobrepoblado. En octubre de 2003, esa comunidad había crecido hasta las 17.000 personas (y luego 40.000). El propietario, Duvenhage, no tuvo éxito en sus intentos por sacar a los ocupantes o en persuadir al Consejo de la ciudad de expropiarle, por lo que consiguió una orden de desalojo. Sin embargo, el comisario le pidió un depósito de 1,8 millones de *rands* para cubrir el costo de sacar a los residentes. Duvenhage, a continuación, demandó al Estado ante el Tribunal Superior de Pretoria para que se respetaran sus derechos de propiedad. La comunidad no fue incluida al principio, pero después se unió con varias ONG como coadyuvantes. Berger (2008, p. 89) señala que la comunidad fue “liderada por un abogado heroico y obstinado”, y que las decisiones se tomaban “por consenso y con inclusión de los interesados”.

47 El juez señaló que los demandantes podían volver a presentarse ante el tribunal, como es evidente, si en el futuro estaban insatisfechos con las acciones de la ciudad y podían mostrar una falta de cumplimiento injustificable de sus derechos.

48 Valhalla Park United Front Civic Organisation and Environment and Geographical Science Department (UCF) (2007).

La sentencia final de la Corte Constitucional determinó que el Estado no puede satisfacer los derechos de propiedad simplemente estableciendo mecanismos e instituciones formales. El derecho de Duvenage a que lo cobijara la ley no se respetó puesto que no pudo hacer cumplir la orden inicial. No era razonable que el Estado no le ayudara cuando era imposible desalojar a ese gran grupo de ocupantes de Modderklip, cuyas penosas circunstancias debían tenerse en cuenta. La Corte Constitucional declaró que las autoridades deberían indemnizar a Duvenage por la ocupación ilegal y pagar renta en nombre de los ocupantes, que continuarían allí hasta que obtuvieran un alojamiento alternativo.

En efecto, la sentencia detuvo la orden de desalojo contra la comunidad Gabon y el requisito de pagar una indemnización mientras persistiera la situación fue el “catalizador” para que el municipio abordara la necesidad de la comunidad (Liebenberg, 2010, p. 442). El Departamento de Vivienda desarrolló un plan y, en 2006, comenzaron las obras en un nuevo pueblo, Chief Albert Luthuli Extension 6.⁴⁹ Durante esa época, la comunidad consiguió concesiones adicionales tales como “servicios básicos, entre ellos agua potable y recogida de basuras semanal” y el uso de “una escuela y una clínica en la población formal cercana de Daveyton” (Berger, 2008, pp. 76-77).⁵⁰

El desarrollo de viviendas permanentes se llevó a cabo a un ritmo algo más rápido que en Grootboom, probablemente debido al requisito de la indemnización, pero también estuvo plagado de complicaciones.⁵¹ Una primera fase de las reubicaciones tuvo lugar en 2009, pero extraños a la comunidad se tomaron parte de las viviendas, y algunos que tenían documentos para la reubicación, pero a quienes se les había negado un techo, vieron cómo se destruían sus chozas; además, dos personas fueron heridas con bala en el proceso. Los líderes actuales de la comunidad culpan en gran medida a los antiguos líderes por haber sido corruptos y colaborado con los funcionarios municipales, y hubo informes de que algunas viviendas fueron vendidas en el mercado privado por los funcionarios del Concejo.

49 Proporcionaría 7.278 “oportunidades de vivienda” en un entorno de viviendas mixtas, algunas subsidiadas y otras no, a los residentes de Gabón y de asentamientos vecinos, y en la lista Tissington de espera general (2011a).

50 Aunque los residentes entrevistados en junio de 2010 señalaron la continua falta de saneamiento y criticaron los intentos de introducir retretes químicos.

51 A partir de entrevistas con los residentes de Gabón, junio de 2010. Los intentos por entrevistar a los funcionarios municipales no han sido exitosos.

Asentamiento de Makause (caso Ndawoyache)

El caso Ndawoyache proporciona un ejemplo de una medida judicial mucho más débil. El asentamiento de Makause se ubica a medio camino entre Gabón y Johannesburgo, en el Rand Oriental, y sus 10.000 residentes viven en tierras de propiedad, en gran parte, de empresas mineras que han cesado sus operaciones. En enero de 2007, con fondos del Emergency Housing Programme, el municipio anunció con vaguedad un plan de reubicación por razones de seguridad. Sin embargo, algunos residentes se dieron cuenta de que estaba preparándose un desalojo forzoso y en poco tiempo se constituyó el Makause Community Development Forum (CDF). El 2 de febrero de 2007, fecha en la que se aprobó la orden de desalojo, la comunidad solicitó un requerimiento judicial urgente para pararlo. El 11 de febrero, el Tribunal Superior falló a favor de los residentes, pero la orden fue relativamente débil: se permitía el desalojo si el residente daba su consentimiento frente a un policía, que actuaría como tercero observador, tras una entrevista.⁵²

Mediante un proceso bastante cuestionable, en el que los residentes firmaban formularios de consentimiento que se presentaban como vales de alimentos, el proceso de desalojo comenzó a pesar de las protestas.⁵³ El primer grupo de residentes se trasladó al lugar de reasentamiento a cuarenta kilómetros, pero allí solo había tiendas de plástico en pequeños lotes de terrenos y la falta de transporte endureció la resistencia en Makause. Los residentes comenzaron a leer la orden judicial original a los funcionarios y a usar la fuerza física para resistirse al despojo. Ante las marchas de protestas, las amenazas de nuevas acciones judiciales (con un nuevo abogado, puesto que se culpó de la débil orden anterior al primero) y un artículo ácido en uno de los periódicos más importantes, el municipio cedió. Los desalojos cesaron y de los 3.368 residentes que habían sido desalojados en esa etapa, dos tercios regresaron de forma permanente mientras que el resto solo usaba el lugar de reasentamiento los fines de semana.

El desalojo y la movilización en contra proporcionaron una oportunidad para que la comunidad tomara medidas a fin de mejorar las condiciones de vida y garantizar la posesión. Aquí ha habido un reto mayor que en los otros casos estudiados. El municipio se ha resistido con vigor a toda mejora del asentamiento informal (en apariencia por razones estructurales a causa de agujeros de dolomita y de minas). Sin embargo, la comunidad pudo negociar un mejor acceso al agua y

52 Mphambo Ndawoyache & Others *vs.* Ekurhuleni Metropolitan & MEC Housing.

53 Entrevista con el general Moyo, junio de 2010.

la electricidad (aunque el municipio solo proporcionó la mitad de los puntos de agua y de postes de luz acordados), creó un centro comunitario (dedicado sobre todo a la resolución local de conflictos) y comenzó negociaciones para la compra directa de la tierra a los propietarios. La comunidad ha formado también alianzas con otros asentamientos, ONG y, cada vez más, con abogados, según fue involucrándose en las negociaciones de tierras.⁵⁴ Sin embargo, sigue habiendo una gran tensión después de que la comunidad votara por partidos no pertenecientes a la ANC en las elecciones locales recientes.

Olivia Road

El caso Olivia Road presenta una historia parecida de movilización comunitaria, pero con algunas innovaciones con respecto a la estrategia de cumplimiento. La Inner City Regeneration Strategy en Johannesburgo, que pretende estimular la inversión del sector privado en los centros urbanos, ha hecho que 10.000 de los 67.000 ocupantes de “edificios en mal estado” hayan sido desalojados hasta el año 2006, a menudo sin aviso previo y a la fuerza, conforme a leyes y normas administrativas de seguridad y salud aprobadas en la época del *apartheid* (Wilson, 2011). Los residentes han terminado sin vivienda o viviendo en asentamientos de la periferia de la ciudad (Cohre, 2005). A pesar de algunas victorias legales en 2003 y 2004,⁵⁵ de un debate público creciente, y de críticas de las organizaciones de la sociedad civil, la campaña de desalojo se aceleró a partir del año 2005.

Cuando la ciudad quiso sacar a los residentes de Olivia Road y de Joel Street en Berea, los residentes crearon una respuesta más estratégica con el Inner City Resource Centre y la organización legal CALS. Presentaron una contrademanda en nombre de todas las personas que vivían en esos edificios y solicitaron el reconocimiento de que la política de los municipios era inconstitucional. El Tribunal Superior estuvo de acuerdo y ordenó detener los desalojos hasta que se proporcionaran alojamientos alternativos. Un año más tarde, el Tribunal Supremo de Apelaciones le dio la razón a la apelación del municipio, pero ordenó a la ciudad proporcionar alojamiento alternativo a quienes lo necesitaran tras el desalojo (de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Vivienda con las modificaciones posteriores a Grootboom). Los ocupantes apelaron, pero tras la audiencia previa a dictar su decisión, la Corte Constitucional les ordenó a las partes establecer primero un diálogo

54 Entrevista con el general Moyo, marzo de 2011.

55 *Occupiers of Junel House & Ors vs. City of Johannesburg* (2003); *Chancellor House* (2003) and *Park Court* (2004).

significativo. En noviembre de 2007 se llegó a un acuerdo parcial. Había que proporcionar a los ocupantes un alojamiento económico y seguro en el centro urbano de Johannesburgo, “protegido frente al desalojo”, mientras varios de los problemas de política pública se remitían a la Corte Constitucional, que solo resolvió algunos de ellos. Es importante señalar que la ciudad debe establecer diálogos significativos con los ocupantes en caso de que sea probable que el desalojo deje a la gente sin vivienda, y la ocupación existente solo puede ser considerada ilegal después de que un tribunal haya ordenado el desalojo. Ese precedente ha sido después crucial en otros casos.

En lo referente a la comunidad, la sentencia se implementó en gran parte: en el término de un año se reubicó con éxito a 450 residentes en una vivienda “comunitaria” propiedad de la ciudad. Un edificio vacío fue en parte remodelado y se asignó una habitación por familia, con instalaciones sanitarias y cocina compartidas. La renta es subsidiada y se han proporcionado servicios básicos. Sin embargo, han aparecido tensiones por la falta de mantenimiento y de diálogo con respecto a una solución permanente de vivienda. Los abogados identificaron una razón para la rápida implementación: se contrató a un asistente para la comunidad que fue empleado con la finalidad expresa de negociar con el municipio los términos y el proceso de reubicación y reasentamiento.

A pesar de estos progresos, la implementación más general ha sido limitada. Durante las audiencias de la Corte Constitucional, la ciudad adoptó una Inner City Regeneration Charter que proporcionaría “vivienda incluyente” en el centro urbano, pero hubo pocos progresos para su puesta en marcha. En lugar de eso, lo que surgió fue una nueva estrategia de desalojos impulsada por los propietarios (a menudo nuevos propietarios) de esos edificios. Como Stuart Wilson ha comentado, la decisión en Olivia Road comprimía el “globo” del desalojo en un lado, pero lo “dilataba” por otro. Eso ha requerido una nueva ronda de demandas judiciales estratégicas contra los propietarios privados, que hasta ahora ha sido exitosa.⁵⁶ Parece que hay que esperar a que el municipio agote todas sus opciones con respecto al desalojo antes de que comience a ocuparse de forma efectiva de las cuestiones de vivienda en el centro urbano para los residentes de bajos ingresos.

56 En *Blue Moonlight*, el Tribunal Supremo de Apelaciones se basó en las decisiones de la Corte Constitucional en Olivia Road (y Modderklip) para limitar la capacidad de los propietarios particulares de llevar a cabo desalojos, y les exigió a los municipios proporcionar apoyo para el alojamiento alternativo.

El último caso que se analizará será el Jaftha, que no trata de asentamientos informales, sino de propietarios de vivienda vulnerables, y representa otra corriente de jurisprudencia que ha proporcionado protección contra varias formas de embargos de vivienda. Las demandantes, las señoras Jaftha y van Rooyen, eran mujeres pobres y desempleadas que tenían mala salud. Con sus hijos, vivían en casas obtenidas con subsidios del Gobierno. Las dos mujeres pidieron pequeñas sumas de dinero (250 y 190 *rands*, respectivamente) que debían pagar a plazos a sus respectivos acreedores. Cuando no pudieron pagar sus deudas, se iniciaron procesos contra ellas en el Tribunal de Instancia, que fallaron a favor de los acreedores y que al final provocaron la ejecución judicial de sus viviendas para satisfacer las deudas vigentes. Ambas mujeres carecían de un alojamiento alternativo apropiado al haber perdido sus viviendas debido a las ejecuciones judiciales de sus casas y como beneficiarias en el pasado de un subsidio de vivienda no podían solicitarlo otra vez.

El Tribunal Superior les negó la suspensión de la sentencia argumentando que si un deudor decidía no dejar un inmueble, la pérdida efectiva de su casa era resultado del ejercicio de la libre voluntad del deudor y del proceso de ejecución.⁵⁷ Ellas argumentaron, ante la Corte Constitucional, que la legislación era excesivamente amplia, puesto que permitía que la seguridad en la posesión de una persona, inherente al derecho de acceso a un alojamiento adecuado conforme a la sección 26, se perdiera, aun en casos en los que era injustificable que eso pasara. El magistrado Mokgoro estuvo de acuerdo, en la medida en que se permitía la ejecución judicial de la vivienda en circunstancias injustificables —por ejemplo, cuando una persona podía quedar permanentemente sin vivienda por no haber pagado una deuda de pequeña cuantía— sin intervención judicial; la decisión fue unánime.

La legislación fue declarada inconstitucional por no proporcionar una supervisión judicial de las ejecuciones de vivienda por deudas.⁵⁸

57 En el mismo sentido, si el deudor escoge permanecer en la vivienda, estaría “resistiendo” el cumplimiento y el comprador tendría que usar la Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act para conseguir el desalojo, en cuyo caso habría un proceso separado de desalojo instituido por el nuevo propietario y no por el proceso de ejecución.

58 Es fundamental señalar que antes de la decisión del magistrado Mokgoro en Jaftha, los procedimientos por impago de deudas eran simplemente supervisados por un secretario judicial que, en la práctica, “colocaba un sello” en la sentencia de impago que disponía la venta de propiedades para satisfacer deudas pendientes. Sin embargo, la decisión en Jaftha modifica radicalmente la naturaleza de los procedimientos al requerir de forma expresa la supervisión de un funcionario judicial antes de dictar la sentencia de impago.

Con el fin de “salvar” la legislación impugnada, el magistrado Mogoro interpretó que lo que exigía la redacción de la norma era una supervisión judicial en el momento de la ejecución de propiedades inmuebles por deudores judicialmente reconocidos, que permitía a un tribunal determinar si la orden de ejecución de la vivienda había considerado todas las circunstancias relevantes.⁵⁹ La Corte aprobó también lo que parecía ser una orden a la Western Cape Law Society para que investigara el comportamiento de los abogados de los acreedores en este caso.

Tras la decisión, el ministro de Justicia —aunque la Corte no se lo había ordenado— creó un equipo de trabajo para redactar una nueva legislación que estableciera el procedimiento para tratar las ejecuciones de vivienda; sin embargo, hasta la fecha, y a pesar de varios proyectos, no se ha aprobado. De hecho, parecería que el Tribunal Superior y el Tribunal de Instancia tienen distintas prácticas y también que entre tribunales de diversas jurisdicciones las prácticas son diferentes.⁶⁰ Las entrevistas con los funcionarios del Tribunal Superior de Western Cape y de la Comisaría Nacional indican que lo único que ha pasado es que el proceso para conseguir una sentencia tiene un procedimiento más complejo. Los abogados que representan a los acreedores presentan una declaración jurada en la que señalan que el desalojo está justificado dadas las circunstancias, y teniendo en cuenta que los propietarios a menudo no presentan defensas legales, las ejecuciones de las viviendas siguen adelante.

La evidencia de que la práctica continúa se observa claramente en una audiencia pública reciente llevada a cabo por la Comisión Sudafricana de Derechos Humanos en Gauteng (South African Human Rights Commission, 2008). Tras las quejas de los residentes de Katorus, Ennerdale y Lawleuy (y después de Cabo Oriental) y de audiencias públicas con diferentes interesados, la Comisión determinó que “aunque muchos de los principales intervinientes están siguiendo la letra de la ley, se puede hacer más”. Los comisarios y el departamento de policía de Sudáfrica “reconocieron que estaban ocurriendo desalojos ilegales”, y la Comisión fue en especial crítica del Departamento de Vivienda porque se concentraba solo en los “propietarios de bajos ingresos que

59 Esto incluía las circunstancias en las que se incurría en deudas; todos los intentos efectuados por el deudor para pagar la deuda al acreedor, la situación financiera de las partes y la cantidad de deuda pendiente.

60 En ausencia de un marco procesal unificado, y a la luz de numerosas decisiones posteriores relativas a asuntos procesales en sentencias de incumplimiento de pago y expedición de órdenes para anexos de inmuebles, algunos aspectos procesales siguen siendo confusos (Smith y van Niekerk, 2010).

accedían por primera vez a vivienda” y no en los desalojos. También criticó al sector privado y a los “compradores inescrupulosos”, con acusaciones de que estaban involucrados funcionarios policiales y de la administración pública.

La Comisión hizo numerosas recomendaciones a los diferentes actores, que indicaban la complejidad potencial de abordar el problema, y cómo la interpretación dirigida de la orden, una técnica favorita de la Corte Constitucional, podría no haber sido apropiada, puesto que algún plazo para ofrecer una respuesta clara hubiera podido estimular un esfuerzo legislativo y político más amplio. Más importante aún es que parece que la cuestión ha sido en buena medida pasada por alto por las ONG y los movimientos sociales, y el fracaso de diferentes organismos públicos podría justificar el uso estratégico de los tribunales. En asuntos posteriores, algunos ocupantes a quienes se les ha privado de su propiedad en una forma contraria a la requerida por la Corte Constitucional en el caso Jaftha han conseguido ganar en revisiones de sentencias y han recuperado la propiedad, a pesar de la transferencia a terceros de buena fe que, en el entretanto, habían comprado al acreedor judicial.⁶¹

Análisis

Casos sobre derechos a la vivienda — Grado de cumplimiento

Una reflexión sobre los seis casos anteriores permite ver con claridad que el cumplimiento es un reto, pero no un imposible. Podemos resumir los resultados finales así:

- Hay marcadas diferencias entre los niveles de cumplimiento de un caso a otro, en especial una vez que pasan de tres a cinco años desde la sentencia. Por tanto, hay que ser cauto con respecto a las afirmaciones generales sobre el cumplimiento.
- La implementación parcial es habitual.⁶² Muchas de las decisiones contenían diversas órdenes o fueron dirigidas a una variedad de beneficiarios, por ejemplo, al demandante y a todos los otros en su posición actual o futura. No es inusual que una parte de la orden se implemente en su totalidad y otras no.

61 Véase, entre otras sentencias, Nxazonke and Another vs. ABSA Bank Ltd and Others (18100/2012) [2012] ZAWCHC 184 (4 de octubre de 2012) (no compilada).

62 Véanse, supra, los análisis de Grootboom (2001) y Jaftha (2005) en particular.

- En un número importante de casos, la profundidad y la amplitud de la implementación mejoró en periodos de tiempo largos (por ejemplo, en Grootboom y Valhalla). En Grootboom, la orden se implementó formalmente después de transcurridos cuatro años, y ayudó a impulsar el acceso a soluciones de vivienda permanente para la comunidad después de ocho años. Eso es al menos una década antes de lo que habría haber esperado razonablemente, teniendo en cuenta la crisis de política de vivienda y el crecimiento de los asentamientos informales.
- En casos recientes (como Olivia Road y Modderklipp), las órdenes dirigidas a los demandados fueron implementadas en un espacio de tiempo muy corto, a menudo antes de cumplirse los plazos contenidos en la orden.

Causación desde una perspectiva más general

En cuanto a las narrativas sobre causalidad, las conclusiones sobre el derecho a la vivienda proporcionan un apoyo parcial a la idea de que un control de constitucionalidad fuerte promueve un mejor cumplimiento. El caso con el menor impacto, Makause, se caracterizó por protecciones procedimentales muy débiles contra el desalojo forzado, mientras que a la orden fuerte y detallada en Olivia Road la acompañó un proceso de reasentamiento relativamente exitoso (aunque este fue también producto de un acuerdo extrajudicial). Sin embargo, el acceso a las soluciones de vivienda permanente no siempre ocurre al mismo ritmo. Las órdenes más fuertes del caso Valhalla no parecieron acelerar la implementación cuando se comparan con los casos Grootboom y Gabón en los que no hubo órdenes. En el caso Jaftha, la medida judicial fue fuerte —se interpretó la existencia de protecciones constitucionales y legales contra los desalojos forzosos en la legislación sobre deudas—, pero su influencia en la práctica ha sido débil. En este caso, una medida judicial más dialógica, que reconociera una mayor discrecionalidad al Gobierno en su forma de respuesta, hubiera sido mucho más apropiada, y hubiera estimulado un cambio de política pública más efectivo que legitimara al mismo tiempo la decisión.

La investigación proporciona un mayor apoyo a la hipótesis sobre movilización social. Al examinar la variación en los resultados entre estos casos sobre derechos a la vivienda, el grado de movilización social de las diferentes comunidades parece crucial. Los demandantes en Olivia Rd. y Gabón, en particular, lograron combinar una fuerte movilización interna, vínculos con ONG y abogados, y un uso hábil de los medios de comunicación en varios momentos de la lucha. También

se reafirma la distinción usual entre niveles de implementación en Grootboom y TAC, pero esa dicotomía debe matizarse mucho más. La Treatment Action Campaign enfrentó los mismos problemas para el cumplimiento sobre el derecho a la salud, pero la principal diferencia fue que pudieron superarlos mucho más deprisa y garantizar que las políticas subsecuentes tuvieran una mayor probabilidad de ser implementadas en la práctica.⁶³ El grado de movilización social podría explicar esa diferencia, puesto que el TAC mantuvo una fuerte presión política y jurídica sobre el Estado para que este implementara las órdenes de la sentencia. De hecho, la TAC atribuye su fracaso transitorio en hacer cumplir la orden sobre la nevirapina a haber dirigido su atención a otros problemas. El estudio de Berger (2008) de otros casos de derechos socioeconómicos apoya en general la tesis de la primacía de la presión de la sociedad civil.

Sin embargo, hay que ser cautos a la hora de extender en exceso o de constreñir mucho esas explicaciones, sobre todo si se usan como un patrón estratégico. Hay cuatro importantes variaciones sobre este tema.⁶⁴

Demandantes impopulares

En primer lugar, los procesos judiciales son un reto para los grupos socialmente estigmatizados. No es claro si la movilización social siempre es posible o totalmente efectiva en estas situaciones, o si los requerimientos judiciales obligan a tomar las acciones necesarias. Un ejemplo llamativo son las demandas judiciales por el TAC denunciando la situación de los presos. En el caso de la prisión de Westville, con respecto al acceso a los medicamentos para el VIH, los funcionarios de prisiones se negaron a proporcionar medicamentos antirretrovirales a los prisioneros, a pesar de las órdenes reiteradas del Tribunal Superior de Durban. Aunque este caso fue objeto de algunas de las órdenes judiciales más fuertes que se hayan visto en Sudáfrica, y del movimiento social nacional más poderoso, el TAC, los funcionarios de

63 Obsérvese que no existe una implementación completa de la decisión ni una asunción de sus conclusiones empíricas. Jones (2009) señala que la persistencia de ideas erróneas sobre la importancia de los antirretrovirales sigue viva entre muchas comunidades locales y funcionarios de salud.

64 Estas observaciones no pretenden ser exclusivas. Algunos casos de seguridad social (véase Berger, 2008) y de salud (por ejemplo, Nyathi, 2008) parecen estar impulsados por individuos con un sentido de la injusticia que va más allá de la privación material, lo que hace el cumplimiento más probable. La trilogía de casos de seguridad social en Cabo Oriental —Ngxusa, Jayiya, Kate— es en parte atribuible a eso, y también a jueces que decidieron ser receptivos ante problemas del cumplimiento.

prisiones y sus abogados fueron obstinados en su desobediencia. Eso indicaría que las estrategias de cumplimiento tienen que estar abiertas a formas creativas. Un posible camino para avanzar es la adopción de órdenes que crean incentivos económicos para el cumplimiento. Ese parece haber sido un efecto particularmente fuerte en el caso Gabon. El municipio fue obligado a pagar una indemnización al propietario por la ocupación informal hasta que les proporcionara a los residentes una solución de vivienda congruente con los principios de Grootboom. En ese mismo sentido, la demanda judicial en Nyathi, sobre el cumplimiento de las demandas de indemnización (en un caso sobre negligencia médica en un hospital) es también un buen ejemplo.⁶⁵ La Corte permitió a los demandantes ejecutar el cumplimiento contra los activos del Estado.

Contingencia burocrática

En segundo lugar, es importante no subestimar el grado de contingencia burocrática (Epp, 2009). Una conclusión sorprendente del análisis previo es la rapidez con la que las autoridades pudieron adoptar nuevas políticas en respuesta a estas sentencias o procesos. Los procesos judiciales en estos casos estimularon la adopción de, al menos, cuatro nuevas políticas de vivienda nacionales y locales, algunas con un nivel de complejidad muy alto. Sin embargo, el problema viene con la implementación de esas políticas. Aquí hay una gran variación, que refleja de muchas formas un problema subyacente del Estado en Sudáfrica: la implementación en casi todos los sectores.

En algunos casos puede ser simple implementar una orden, puesto que se limita a ampliar un programa relativamente exitoso en desarrollo. En los casos Khosa y Mahlaule de 2004,⁶⁶ la Corte Constitucional concedió a los residentes permanentes los mismos derechos de los ciudadanos a recibir subvenciones públicas para niños y pensiones para la tercera edad.⁶⁷ Lo que es destacable en varios casos sobre el derecho

65 Nyathi *vs.* Member of the Executive Council for the Department of health Gauteng and Ors (5) SA 94 (CC) [Nyathi, 2008].

66 CCT 12/03 (Khosa & Others *vs.* Minister of Social Development & Others) (Pretoria High Court 2003) y CCT 13/03 (Mahlaule & Another *vs.* Minister of Social Development & Others) (Pretoria High Court 2003).

67 Según Polzer Ngwato y Jinnah (2013), el caso fue “muy efectivo para mejorar la posición socioeconómica de este grupo específico al darles acceso a una importante red de asistencia social, en especial teniendo en cuenta que la mayoría de los beneficiarios del caso vivían en áreas rurales en las que los elevados niveles de desempleo significaban que había pocas formas de ganarse la vida salvo los subsidios del Gobierno”. También estableció el principio de no discriminación con respecto al derecho constitucional a la seguridad social, aunque subrayó que la permanencia de la residencia en el país era un criterio

a la vivienda es que las órdenes que requerían la coordinación de varios agentes públicos y la contratación del sector privado tenían una probabilidad mayor de enfrentar retrasos y problemas de implementación. Eso indicaría que los demandantes y los tribunales necesitan ser cuidadosos y no limitarse a buscar la ejecución forzosa jerárquica y un modelo complejo de vivienda, que en este momento solo es apropiado en parte de Sudáfrica. Legislativamente tenemos el ejemplo de las leyes brasileñas, que permiten que sean los propios habitantes de los asentamientos subnormales los que inicien los procesos de mejora, con el respaldo de los tribunales administrativos. Pero, ¿pueden ayudar los tribunales apoyando un movimiento hacia un enfoque más basado en los derechos de las comunidades que abra espacio para las mejoras en los propios asentamientos? Hay alguna evidencia disponible. El acuerdo extrajudicial en el caso Bardale estimuló el uso creativo y la combinación de las políticas existentes de emergencia y su mejora para proporcionar un lugar de reubicación en el que se pudiera realizar una mejora *in situ*.⁶⁸ Además, en el último caso, Joe Slovo, la Corte Constitucional reconoció que las partes habían adoptado desde la sentencia original un programa de mejoras *in situ*, en lugar de persistir en el desalojo, y archivó su propia orden de desalojo.⁶⁹

Otro enfoque puede ser el desarrollo de alianzas concretas con el Gobierno. Si un agente del Gobierno tiene una motivación especial, entonces las posibilidades de éxito parecen ser mayores. Por ejemplo, Black Sash demandó judicialmente al Departamento de Desarrollo Social con el fin de obligarlo a hacer pagos atrasados a los beneficiarios de asistencia social que habían esperado durante largo tiempo antes de recibir sus beneficios, lo que hizo que la gente obtuviera los pagos desde la fecha de la solicitud y no desde la fecha de su aprobación. Eso hizo que se asignara una partida presupuestal de más de 2.000 millones de *rands* (250 millones de dólares) para garantizar la implementación (Goldblatt y Solange, 2014). Los demandados sugirieron que una de las razones por las cuales hubo una respuesta positiva fue que el ministro de Asuntos Sociales estaba dispuesto a luchar por esa cuestión en el Consejo de Ministros y en contra del ministro de Economía.

relevante para la distribución razonable de los derechos, con lo que incluía a los residentes permanentes, pero dejaba abierta la interpretación con respecto a otras categorías de no nacionales.

68 Véase el análisis en Langford (2014).

69 Véase 10, *supra*.

Mobilización interna y alianzas externas

En tercer lugar, el papel de los diversos agentes de la sociedad civil debería diferenciarse. El grado de movilización de movimientos sociales más grandes puede afectar un cumplimiento más amplio, pero el papel de la movilización interna entre los demandantes y los tipos de alianzas para el cumplimiento no deberían pasarse por alto, en especial en los casos más específicos. Podría haber diferentes incentivos y costos para los demandantes que continúen presionando por el cumplimiento y, además, las comunidades demandantes a menudo experimentan diferentes niveles de organización y unanimidad. Por ejemplo, cabría defender que las comunidades muy organizadas que se enfrentaron a los desalojos en los casos Modderklipp (2005), Bardale, Olivia Rd (2009), Valhalla (2003) y Joe Slovo (2009) han conseguido más que la comunidad Grootboom, más dividida. Si bien estas comunidades trabajaron de cerca con los abogados y los movimientos sociales en algunos casos, parece que tenían estructuras de gobierno bien organizadas, representativas y trabajadoras.

En el caso Grootboom, aunque podría decirse que solo empoderó a la comunidad en parte —su “poder para”, en términos de Gaventa (2006)—, allí intervinieron circunstancias especiales del caso. La comunidad pareció haber perdido la oportunidad de expandir su “poder con” y su “poder en”. En poco tiempo perdieron acceso a su abogado privado, Julian Apollos; este fusionó su pequeño despacho de abogados con una firma legal más grande que representaba al municipio, lo que daba lugar a un conflicto de intereses. El LRC intentó ayudar a la comunidad a negociar con las autoridades, pero Marcus y Budlender (2008, p. 63) argumentan que parecía haber una “falta de liderazgo efectivo en la comunidad que hizo el proceso extremadamente difícil”.⁷⁰ La comunidad pudo formar alianzas con organizaciones de la sociedad civil como Development Action Group y el Community Organisation Resource Centre (CORC), orientadas hacia los problemas de vivienda, e intervino activamente en el liderazgo de Wallacedene, que se desarrolló como respuesta al nuevo plan de vivienda. Pero la cooperación no fue duradera y la comunidad no hizo parte del movimiento urbano más general que empezaba a constituirse. En ese mismo

70 Esto fue confirmado en la entrevista con Sila, quien también identificó algunas de las causas: “Hubo una lucha por el liderazgo. Irene decidió irse de Wallacedene a causa de las peleas. Quise insistir en que ella se quedara donde luchábamos. Volvió y luego se hizo una cabaña al lado de la mía. Los problemas comenzaron cuando más y más gente comenzó a involucrarse. Vieron nuestro éxito y comenzaron a mudarse aquí. Cada vez que Ciudad del Cabo miraba, había más gente. Irene no estaba contenta con eso”.

sentido, el conjunto y el grado de intervención de los movimientos sociales y las ONG en un caso específico puede ser decisivo. A veces, el problema no es más sociedad civil, sino una mejor sociedad civil.

Diferentes derechos, diferentes contextos

Por último, las comparaciones causales simples entre diferentes derechos podrían ser problemáticas. La capacidad de movilización en pro de ciertos derechos puede ser más difícil debido a su localismo (por ejemplo, la vivienda) o lo lejano (por ejemplo, los procesos judiciales en áreas rurales). Así, si bien las demandas judiciales sobre salud han sido en gran parte impulsadas por los movimientos nacionales, casi todos los casos de derechos a la vivienda han sido iniciados por comunidades locales y empobrecidas. Este localismo no sorprende si se tiene en cuenta el particularismo de muchas luchas por la vivienda y la falta de movimientos sociales nacionales que defiendan este derecho en Sudáfrica. Aunque se están comenzando a crear movimientos sociales centrados en problemas de vivienda, siguen teniendo una base local importante y no está claro si pueden ejercer la misma influencia en la política nacional que sus homólogos dedicados a la seguridad social y la salud.⁷¹ En el caso de la seguridad social, las primeras demandas judiciales fueron interpuestas por individuos, pero su número y su carácter nacional han llevado a la participación de ONG y movimientos nacionales. Con frecuencia, las demandas posteriores han provenido de actores de la sociedad civil. Estas diferencias indicarían que las estrategias para mejorar el cumplimiento deberían tener en cuenta los distintos grados de poder; por tanto, los argumentos a favor de una jurisdicción de seguimiento del Tribunal podrían ser más sólidos en casos sin respaldo fuerte de los movimientos sociales.

Conclusiones

El estado de cumplimiento de las sentencias socioeconómicas en Sudáfrica no debería evaluarse desde el pesimismo o el optimismo. El panorama del cumplimiento varía radicalmente de una sentencia a otra y a lo largo del tiempo. Parte del relato causal está ligado a la naturaleza de las medidas judiciales, pero es aventurado creer que el seguimiento obligatorio del cumplimiento es siempre la respuesta. Las medidas dialógicas, como las declaraciones de nulidad condicionadas, pueden a

71 Sin embargo, la amenaza potencial de un movimiento urbano, el Abahlali baseMjondolo, ha llevado a una dura represión por algunos organismos del Gobierno (Amnesty International, 2009).

veces estimular políticas y prácticas más apropiadas y legítimas, mientras que los enfoques creativos, que incentivan el cumplimiento o elevan los costos del incumplimiento (como en el caso Gabon), merecen mayor consideración. Eso se observa en especial en situaciones en las que muchos de los jueces, aunque no todos, son reticentes a usar el seguimiento obligatorio.

En ese mismo sentido, la movilización social explica gran parte de la diferencia entre los niveles de implementación, pero no es realista esperar una repetición de la bien conocida campaña TAC en todos los casos. Es importante identificar los medios prácticos mediante los cuales demandantes muy marginados pueden formar alianzas básicas, pero efectivas, con los movimientos sociales, las ONG, los periodistas, los sindicatos, las iglesias, los burócratas y los políticos. Esas alianzas tienen, además, el ambicioso potencial de transformarse en coaliciones más amplias dedicadas al activismo y la lucha por el cumplimiento (Dugard y Langford, 2011). Pero eso solo pasará si las organizaciones de la sociedad civil consideran las sentencias como un lugar en el cual desarrollar o fortalecer plataformas activistas.

Más importante aún es que en los casos en los que están involucrados grupos marginados y estigmatizados, un demandado obstinado, o que exigen una compleja coordinación entre los diferentes intervinientes, la cuestión del cumplimiento adquiere un relieve notable. Métodos adaptables, heterodoxos y creativos serán esenciales, y los agentes judiciales y de la sociedad civil tendrán que estar atentos a la cuestión de la implementación.

Referencias

- Alston, P. (2008). Foreword. En Langford, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. ix-xiii). Cambridge: Cambridge University Press.
- Amnesty International (2009). *South Africa: Failure to conduct impartial investigation into Kennedy Road violence is leading to further human rights abuses*. Public Document. Amnesty International Index: AFR53/011/2009.
- Barrow, G. (2000). South African squatters win battle. *BBC News Online*. Recuperado de <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/956507.stm>.
- Berger, J. (2008). Litigating for social justice in post-apartheid South Africa: A focus on health and education. En Gauri, V. y Brinks, D. (eds.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (pp. 38-99). Cambridge: Cambridge University Press.

- Bilchitz, D. (2007). *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Cohre (ed.) (2005). *Any Room for the Poor? Forced Evictions in Johannesburg, South Africa*. Geneva: Cohre.
- Dugard, J. (2014). Beyond blue moonlight: The implications of judicial avoidance in relation to the provision of alternative housing. *CCR*, 5, 265-279.
- Dugard, J. y Langford, M. (2011). Art or Science? Synthesising Lessons from Public Interest Litigation and the Dangers of Legal Determinism. *South African Journal on Human Rights*, 26 (3), 39-64.
- Epp, C. (2009). *Making Rights Real: Activists, Bureacrats, and the Creation of the Legalist State*. Chicago: University of Chicago Press.
- Gaventa, J. (2006). Finding the Spaces for Change: A Power Analysis. *IDS Bulletin*, 37 (6), 26-33.
- Goldblatt, B. y Solange, R. (2014). Social Security Rights. En Langford, M. et al. (eds.). *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?* (pp. 253-274). Cambridge: Cambridge University Press.
- Heywood, M. (2009). South Africa's Treatment Action Campaign: Combining law and social mobilization to realize the right to health. *Journal of Human Rights Practice*, 1 (1), 14-36.
- Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, MA.: Harvard University Press.
- Huchzermeyer, M. (2003). Housing rights in South Africa: Invasions, evictions, the media, and the courts in the cases of Grootboom, Alexandra, and Bredell. *Urban Forum*, 14 (1), 80-107.
- Huchzermeyer, M. (2009). The struggle for *in situ* upgrading of informal settlements: A reflection on cases in Gauteng. *Development Southern Africa*, 26(1), 59-74.
- Huchzermeyer, M. (2010). Pounding at the tip of the iceberg: The dominant politics of informal settlements eradication. *Politikon*, 37 (1), 129-48.
- Human, C. (2006). The human right to water in Africa: The South African example. En Riedel, E. y Rothen, P. (eds.). *The Human Right to Water* (pp. 83-93). Berlin: Berliner WissenschaftsVerlag.
- Hunter, M. (2010). *Case Study: The Difference that Place Makes: Some Brief Notes on the Economic Implications of moving from an Informal Settlement to a Transit Camp*. Department of Geography, University of Toronto.
- Jain, H. (2010). Community protests in South Africa: Trends, analysis and explanations. Community Law Centre: Local Government Working Paper Series No. 1.

- Jones, P. (2009). *Aids Treatment and Human Rights in Context*. London: Palgrave Macmillan.
- Joubert, P. (2008). Grootboom dies homeless and penniless. *Mail & Guardian*. Recuperado de <http://mg.co.za/article/2008-08-08-grootboom-dies-homeless-and-penniless>.
- Langford, M. (ed.) (2003). *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies*. Geneva: Centre on Housing Rights & Evictions.
- Langford, M. (2014). Housing Rights Litigation: Grootboom and Beyond. En Langford, M. et al. (eds.). *Symbols or Substance? The Role and Impact of Socio-Economic Rights Strategies in South Africa* (pp. 187-225). Cambridge: Cambridge University Press.
- Langford, M., Cousins, B., Dugard, J. y Madlingozi, T. (eds.) (2014). *Socio-Economic Rights Strategies in South Africa: Symbols or Substance?* Cambridge: Cambridge University Press.
- Liebenberg, S. (2008). Socio-economic rights under South Africa's transformative constitution. En Langford, M. (ed.). *Socio-economic rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law* (pp. 75-101). Cambridge: Cambridge University press
- Liebenberg, S. (2010). *Socio-Economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution*. Claremont: Juta.
- LRC (2002). *Annual Report for the Period 1 April 2000 to 31 March 2001*. Johannesburg: Legal Resources Centre and Legal Resources Trust.
- Marcus, G. y Budlender, S. (2008). *A Strategic Evaluation of Public Interest Litigation in South Africa*. Hamilton: Atlantic Philanthropies.
- Mbazira, C. (2008a). Non-Implementation of court orders in socio-economic rights litigation in South Africa. *ESR Review*, 9 (4), 2-7.
- Mbazira, C. (2008b). *You are the "weakest link" in realising socio-economic rights: Goodbye - Strategies for effective implementation of court orders in South Africa*. Research Series 3; Cape Town: Community Law Centre, University of the Western Cape.
- Nicholson, Z. (2008a). Foreign shopkeepers: Tensions run high. *IOL News*. Recuperado de <http://www.iol.co.za/news/south-africa/foreign-shopkeepers-tensions-run-high-1.414475#.VK0II3bKxaQ>.
- Nicholson, Z. (2008b). Hundreds say farewell to housing heroine. *IOL News*. Recuperado de <http://www.iol.co.za/news/south-africa/hundreds-say-farwell-to-housing-heroine-1.411865>.
- Pieterse, M. (2007). Eating socioeconomic rights: The usefulness of rights talk in alleviating social hardship revisited. *Human Rights Quarterly*, 29 (3), 796-822.
- Pillay, K. (2002). Implementation of Grootboom: Implications for the enforcement of socio-economic rights. *Law Democracy and Development*, 6, 255-77.

- Pithouse, R. (2009). A progressive policy without progressive politics: Lessons from the failure to implement 'Breaking New Ground'. *Town Planning Journal*, 54, 1-14.
- Polzer Ngato, T. y Jinnah, Z. (2014). Migrants and mobilisation around socio-economic rights. En Langford, M. et al. (eds.). *Symbols or Substance? The Role and Impact of Socio-Economic Rights Strategies in South Africa* (pp. 389-420). Cambridge: Cambridge University Press.
- Porter, B. (2009). The reasonableness of article 8(4) - Adjudicating claims from the margins. *Nordic Journal of Human Rights*, 27 (1), 39-53.
- Robins, S. (2008). *Revolution to Rights in South Africa: Social Movements, NGOs and Popular Politics after Apartheid*. London: James Currey.
- SHF y Urban-LandMark (2010). *An Investigation into an Apparent Increase in Evictions from Private Rental Housing*. Johannesburg: SHF and Urban-LandMark.
- Sloth-Nielsen, J. (2001). The child's right to social services, the right to social security, and primary prevention of child abuse: Some conclusions in the aftermath of Grootboom. *South African Journal of Human Rights*, 17 (2), 210-31.
- Smith, C. y van Niekerk, S. J. (2010). Execution against immovable property: Negotiating the Tightrope of s 26. *DeRebus*, 32-33.
- Soeker, A. y Bhana, K. (2010). Hangberg: A question of land denied. *Pambazuka News*.
- South African Human Rights Commission (2008). *Report on the Public Hearing on Housing, Evictions and Repossessions*. Pretoria: SAHRC.
- Sunstein, C. (2004). *The Second Bill of Rights: FDRs Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. New York: Basic Books.
- Swart, M. (2005). Left out in the cold? Crafting constitutional remedies for the poorest of the poor. *South African Journal of Human Rights*, 21, 215-224.
- Tissington, K. (2011a). Demolishing development at Gabon informal settlement: Public interest litigation beyond Modderklipp. *South African Journal of Human Rights*, 27 (3), 192-205.
- Tissington, K. (2011b). *A Resource Guide to Housing in South Africa: Legislation, Policy, Programmes and Practice*. Johannesburg: SERI.
- Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.
- UK Joint Committee on Human Rights of the House of Lords and House of Commons (2004). *Report on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Twenty First Report of Session 2003-2004.
- van Wyk, J. (2007). The complexities of providing emergency housing assistance in South Africa. *TSAR*, 1, 35-55.

Waldron, J. (2009). Socio-Economic Rights and Theories of Justice. En Pogge, T. (ed.). *Freedom from Poverty as a Human Right* (vol. 2, pp. 21-50). Paris: Unesco.

Wilson, S. (2006). Judicial enforcement of the right to protection from arbitrary eviction: Lessons from Mandelaville. *South African Journal on Human Rights*, 22 (4), 535-62.

Wilson, S. (2011). Litigating housing rights in Johannesburg's inner city. *South African Journal on Human Rights*, 27 (3), 127-151.

**11. El sistema interamericano:
remedios de alcance colectivo
y obstáculos en la ejecución de
decisiones**

Victor Abramovich

En los últimos años, el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) se ha consolidado como un escenario importante del activismo legal de las organizaciones y los movimientos sociales en la región. Los casos originados en conflictos colectivos y demandas de igualdad de grupos discriminados que procuran el acceso a derechos sociales, culturales, civiles y políticos, han cambiado gradualmente el trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o la Comisión) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o la Corte), obligando a revisar no solo la interpretación de los derechos de la Convención Americana Derechos Humanos y el alcance de las obligaciones positivas de protección y garantía de los Estados, sino también las reglas procesales y los criterios jurisprudenciales sobre legitimación, así como el repertorio de remedios establecidos en las recomendaciones de la CIDH y en las sentencias de la Corte. Pero el SIDH ha entrado en el campo de los litigios estructurales sin prepararse adecuadamente para ello, respondiendo caso por caso y muchas veces sin suficiente reflexión sobre el territorio novedoso que está recorriendo, los peligros a los que se expone y los obstáculos que debe enfrentar.

En este capítulo examinaremos algunos de los problemas que se enfrentan en la implementación de remedios estructurales en el SIDH. Para eso consideramos importante introducir brevemente algunas otras discusiones que resultan relevantes para entender la complejidad del problema y anticipar posibles vías de soluciones.

En un primer punto examinaremos el nuevo mapa de actores sociales e institucionales que usan el SIDH y cómo han ido cambiando a partir del nuevo tipo de conflictos analizados, sus estrategias de litigio y de incidencia política y, en particular, el tipo de relación que se construye entre organizaciones sociales y Estados. En un segundo punto analizaremos algunas características de lo que denominamos litigio colectivo en el SIDH. En el punto final, nos ocuparemos de presentar

algunos obstáculos generales que se presentan en el proceso de ejecución de decisiones del SIDH, no solo con relación a la capacidad de supervisión de sus órganos, sino también, a las dificultades para lograr el acatamiento y la cooperación por los Estados, y en especial por los sistemas judiciales locales.

Este artículo pretende definir una agenda de discusión, sin agotar el estudio de los diferentes tópicos y problemas que se enuncian.

El SIDH como un espacio del activismo legal transnacional

El SIDH, gracias a la Comisión y a la Corte, se ha convertido gradualmente en un escenario privilegiado de activismo de la sociedad civil, que ha desplegado estrategias innovadoras para aprovechar en el ámbito nacional la repercusión internacional de los casos y las situaciones denunciadas en las denominadas *estrategias de bumerán* (Nelson y Dorsey, 2007; Risse y Sikkink, 1999; Sikkink, 2003).

Las organizaciones sociales se han valido de este escenario internacional no solo para denunciar violaciones y hacer visibles ciertas prácticas estatales cuestionadas, sino también para alcanzar posiciones privilegiadas de diálogo con los gobiernos o con aliados al interior de estos, y para revertir las relaciones de fuerza y alterar la dinámica de algunos procesos políticos. Ello en ocasiones ha facilitado la apertura de espacios de participación e incidencia social en la formulación e implementación de políticas, y en el desarrollo de reformas institucionales. También han sido estas organizaciones sociales las que han incorporado con mayor frecuencia los estándares jurídicos fijados por el SIDH como parámetro para evaluar y fiscalizar acciones y políticas de los Estados, y, en ocasiones, para impugnarlas ante los tribunales nacionales o ante la opinión pública local e internacional.

En los países de América Latina, muchas organizaciones de derechos humanos y otras organizaciones sociales que actúan con una perspectiva de derechos, como organizaciones feministas, de control ciudadano, ambientales, y defensoras de usuarios y consumidores, entre otras, además de fiscalizar las acciones estatales, han incorporado nuevas estrategias de diálogos y negociación con los gobiernos, a fin de incidir en la orientación de sus políticas y lograr transformaciones en el funcionamiento de las instituciones públicas. El cambio de perspectiva apunta a incorporar al trabajo tradicional de denuncia de violaciones, una acción preventiva y de promoción capaz de evitarlas.

De tal modo, la comunidad de usuarios del SIDH ha crecido considerablemente en número y se ha vuelto más variada, plural y compleja.

El SIDH ha comenzado a ser utilizado de manera mucho más frecuente por las organizaciones sociales locales, y ya no solo por las clásicas organizaciones internacionales que contribuyeron a darle forma en los primeros tiempos, o por aquellas que se han especializado en sus mecanismos. Algunos de los casos más exitosos en términos de cambios sociales han sido promovidos y sostenidos por coaliciones o alianzas de “escala múltiple”, esto es, con capacidad de actuar en diferentes esferas locales e internacionales. Por lo general, se trata de coaliciones formadas por organizaciones internacionales o regionales con experiencia en el uso del SIDH, y organizaciones locales con capacidad de movilización social, diálogo e incidencia en los gobiernos y en la opinión pública. Este tipo de alianzas ha permitido mejorar la articulación de las estrategias desplegadas en el escenario internacional, con las empleadas en el terreno local.

Al mismo tiempo, muchas organizaciones locales han adquirido gradualmente experiencia suficiente para actuar de manera independiente en el SIDH, y en ocasiones han impulsado alianzas entre sus pares de otros países del área para promover temas regionales de interés común, como la brutalidad policial, o el acceso a la información pública o la violencia contra las mujeres (MacDowell, 2007).

Así, por ejemplo, una red de organizaciones especializadas en temas de violencia policial y sistema penal han promovido que la CIDH se involucre en la preparación de un informe temático sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, fijando estándares claros para orientar políticas de seguridad democráticas en toda la región. También, el reciente informe sobre la situación de los defensores de derechos humanos elaborado por la Comisión, y el proceso de seguimiento de sus recomendaciones en los Estados ha sido resultado de la incidencia de redes de organizaciones sociales. Una red de organizaciones no gubernamentales y medios de prensa comunitarios promueve la adopción por la CIDH de una serie de principios mínimos para la regulación de la radiodifusión.

Además de las organizaciones con perfil jurídico, que suelen representar a víctimas o a grupos de víctimas, determinadas acciones ante el SIDH involucran con frecuencia organizaciones de base o comunitarias que integran también redes o alianzas con aquellas, para impulsar casos, audiencias temáticas o promover informes de la CIDH. El trabajo de las relatorías de la Comisión sobre derechos de los pueblos indígenas y sobre discriminación racial ha ampliado considerablemente la utilización del SIDH por líderes de pueblos indígenas y de comunidades afroamericanas. También ha aumentado la participación de sindicatos en alianza con organizaciones de derechos humanos, planteando temas relativos a libertad sindical, y justicia laboral y previsional.

En los países donde el SIDH es más conocido, como en Argentina y Perú, por ejemplo, abogados particulares han incorporado este escenario internacional como una nueva instancia en el litigio de variados temas, tales como asuntos previsionales relativos a la demora de los procesos y la aplicación de leyes de emergencia, o las garantías de los imputados en procesos criminales.

Pero el SIDH también ha sido utilizado de manera activa por algunos Estados o por organismos públicos con competencia en derechos humanos, para iluminar ciertas cuestiones e impulsar agendas nacionales o regionales. Estos procesos se han favorecido con la paulatina conformación de una *burocracia estatal especializada* en el manejo de estos temas, que suele incidir en algunos aspectos de la gestión pública, tales como secretarías y comisiones de derechos humanos, direcciones especializadas en las cancillerías, defensorías del pueblo, procuradurías de derechos humanos, defensorías públicas y fiscalías especializadas, entre otras. En ocasiones, cuando los gobiernos tienen políticas claras en esta materia, un caso en el SIDH suele ser considerado como una oportunidad de incidencia política, por las áreas interesadas del mismo Gobierno, para superar resistencias en el propio Estado o en otros sectores sociales. Esto puede observarse con claridad en algunos procesos de solución amistosa que motivaron cambios en la legislación y en políticas nacionales (Tiscornia, 2008). En ocasiones, los peticionarios son también agencias públicas independientes que litigan y a veces negocian con la representación del Gobierno. El ejemplo frecuente son las defensorías públicas penales que se han convertido en usuario importante del SIDH.

Algunos Estados han utilizado las opiniones consultivas de la Corte para impulsar temas de derechos humanos que ocupan un espacio central en su política exterior como la protección de sus nacionales que emigran a los países centrales. Fue precisamente México el que promovió los pronunciamientos del sistema sobre asistencia consular en procesos con pena capital y sobre derechos laborales de inmigrantes en situación irregular, logrando que Estados Unidos se presentara ante la Corte como *amicus curiae* a defender los postulados de sus propias políticas. Recientemente, el Gobierno argentino, de manera articulada con algunas organizaciones sociales, promovió una discusión sobre la legalidad de la práctica de nombramiento de jueces *ad hoc* por los Estados en los litigios ante la Corte, y la potencial afectación del principio de imparcialidad. En los últimos tres años se han presentado además dos demandas interestatales, por primera vez desde la entrada en vigencia de la Convención Americana (CIDH, 2007a).¹

1 En junio de 2009, la Procuraduría de Ecuador presentó una petición con-

También ha crecido el número de funcionarios públicos, jueces, defensores, fiscales, operadores judiciales que han acudido a la CIDH y a la Corte IDH buscando protección cautelar urgente ante amenazas, intimidaciones o actos de violencia como represalia por el cumplimiento de sus funciones. Estas situaciones rompen el esquema clásico del SIDH protegiendo víctimas frente a los abusos de los Estados autoritarios y monolíticos, y pone en evidencia que su escenario de acción es más complejo en la actualidad, de cara a Estados democráticos que expresan en su interior ambigüedades, disputas y contradicciones.

Algunas características del litigio de alcance colectivo en el SIDH

La Comisión, y también las organizaciones sociales, han procurado adaptar el litigio de casos a sus estrategias de incidencia en políticas públicas, de modo que la mayoría de los casos reciben el tratamiento de un “litigio paradigmático”.

Los casos individuales suelen ser la plataforma para el debate de cuestiones de interés público que trascienden la situación particular de las víctimas y su reparación, tales como el cuestionamiento de prácticas, políticas de gobierno y patrones estructurales. En la tradición del SIDH, aun un caso con una víctima individual es considerado un marco apto para discutir medidas de reparación de alcance colectivo, sobre todo cuando la situación de la víctima individual es representativa de un conflicto más amplio, por ejemplo, de una práctica extendida de violencia policial, o de patrones de violencia racial o de género. Existen importantes ejemplos de este tipo, tales como los casos sobre violencia racial de las fuerzas policiales y en los sistemas judiciales (CIDH, 2009), o los recientes casos de feminicidio o patrones de violencia de género (CIDH, 2001, 2007b). De alguna manera, la situación es similar al caso de los intereses individuales homogéneos en la legislación procesal de varios Estados americanos.

Por lo demás, en los últimos años ha crecido sustancialmente el litigio de casos colectivos; esto es, casos en los cuales se plantea la afectación de un grupo o una “clase” de víctimas por la acción u omisión de un Estado. Como ejemplo de ello pueden mencionarse los casos sobre grupos con identidades sociales y culturales definidas, como pueblos indígenas y comunidades negras (Corte IDH, 2006a, 2008a), así como

tra Colombia ante la Secretaría Ejecutiva de la CIDH alegando violaciones a la Convención Americana por la muerte del señor Franklin Aisalia, como resultado del operativo militar colombiano de marzo de 2008 contra un campamento de las FARC ubicado en la localidad ecuatoriana de Angostura.

casos sobre grupos afectados por una situación particular y determinada, como la población carcelaria en las recientes medidas provisionales dispuestas por la Corte en la materia (Corte IDH, 2004, 2005, 2006b, 2008b, 2008c, 2008d, 2008e). También son casos colectivos aquellos en que se presenta un grupo de víctimas que vieron afectados de manera colectiva sus derechos subjetivos individuales por políticas o cambios normativos o falta de respuesta judicial ante reclamos idénticos. Por ejemplo, los pensionados o empleados públicos cesados en los casos peruanos.

La jurisprudencia del SIDH permite tanto a la Comisión como a la Corte en sus sentencias disponer, en estos dos tipos de casos, remedios de alcance general, como cambios normativos y políticas públicas reparatorias dirigidas no solo a indemnizar sino a transformar las causas de la violación y prevenir la repetición del conflicto.

En el marco de los casos el SIDH, en especial la Comisión, promueve procesos de solución amistosa o negociaciones entre los peticionarios y los Estados, en los cuales estos últimos muchas veces se comprometen a implementar esas reformas institucionales o crean mecanismos de consulta con la sociedad civil para la definición de políticas. Así, en el marco de diversos procesos de soluciones amistosas, ya fuera con víctimas individuales o colectivas, se ha conseguido que los Estados se comprometan a adoptar cambios de leyes o de políticas públicas. Por ejemplo, que deroguen la figura del desacato que permitía la penalización de la crítica política; creen procedimientos para averiguar la verdad sobre el paradero de personas desaparecidas; implementen programas masivos de reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos o programas de reparación colectiva de comunidades afectadas por la violencia; implementen programas públicos de protección de víctimas, testigos y defensores de derechos humanos; revisen procesos penales en los que se habían dictado condenas sin el debido proceso, o revisen el cierre de causas penales en las que se había absuelto de manera fraudulenta a agentes del Estado acusados de violar derechos humanos; adecuen normas del código civil que discriminaban a hijos nacidos fuera del matrimonio o que discriminaban a las mujeres en sus derechos en el matrimonio; o implementen leyes de cupos para las mujeres en los procesos electorales, o leyes sobre violencia contra las mujeres, o protocolos para la realización de abortos no punibles, o deroguen leyes migratorias que afectaban derechos civiles de los inmigrantes.

La última reforma del Reglamento de la Corte ha ampliado considerablemente la posibilidad de las víctimas y las organizaciones no gubernamentales que las representan, de presentar ante la Corte sus

propios alegatos y ofrecer su propia prueba, aunque deben sujetarse a los hechos planteados por la Comisión en su demanda. Los representantes de las víctimas tienen, además, plena legitimación procesal en la etapa de reparaciones y suelen fijar sus propios pedidos en cuanto al tipo de medidas de reparación no económica que debería fijar la Corte. En esta etapa se discuten también reparaciones de alcance general, como el cambio de normas legales o de políticas públicas. Es indudable que esa mayor participación de las víctimas y de las organizaciones que las asisten enriquece el debate y permite disponer medidas de reparación que tienen un rol central en el fortalecimiento de las instituciones nacionales.

La incorporación de la voz de las víctimas y las organizaciones peticionarias en el litigio ante la Corte introduce la perspectiva y la “teoría del caso” de los demandantes particulares. A partir de la consolidación de esta tendencia se ha abierto una discusión sobre la necesidad de que la CIDH gradualmente reformule su rol en el litigio ante la Corte, dando a los peticionarios un lugar central, y preservando un lugar más estratégico, como una suerte de ministerio público para la formulación de asuntos de interés general que estén involucrados en el caso particular; por ejemplo, para señalar aquellos temas estructurales o generales que subyacen a la violación de derechos de las víctimas individuales de un caso, a fin de aportar un enfoque más amplio que al mismo tiempo contribuya a articular mejor su función cuasijudicial con su rol político. La CIDH debería preservar la posibilidad de sugerir a la Corte medidas de reparación de alcance estructural, como cambios de leyes, de prácticas y de políticas, aportando también su diagnóstico sobre la situación de derechos humanos al país demandado. El cambio de rol en el litigio del caso permitiría a su vez a la CIDH desempeñar algunas funciones de auxiliar de la Corte en la etapa de ejecución de las sentencias, sobre todo de aquellas que disponen remedios de índole estructural. Volveremos sobre esto en el último punto. Las recientes reformas a los reglamentos de la CIDH y de la Corte IDH de 2009 van en esa dirección.

Los casos colectivos —pero también los casos con víctimas individuales que representan problemas colectivos— emparentan el sistema de casos con la actividad de supervisión que realiza la CIDH. En los dos ámbitos se examinan situaciones y contextos generales: prácticas de agentes públicos, patrones sistemáticos de discriminación o violencia, alcances de políticas públicas o de servicios sociales, o de la administración de justicia local, entre otros asuntos.

De allí que una estrategia importante que ha buscado la Comisión para articular el sistema de casos con su rol de supervisión es la

creación de relatorías temáticas. Las relatorías, además de sumergirse en los casos, realizan un trabajo de diagnóstico y seguimiento de los temas específicos de su competencia, e impulsan actividades de incidencia de la Comisión sobre las políticas nacionales que los afectan, tales como visitas *in loco*, audiencias de situación general e informes temáticos. Esta actividad permite la utilización, en ocasiones, de los casos en trámite para avanzar las discusiones sobre temas que la relatoría considera prioritarios en su propia agenda de diálogo con los Estados y la sociedad civil. De tal manera, la Relatoría sobre pueblos indígenas se ha involucrado en una serie reciente de casos tramitados ante la Corte sobre propiedad comunitaria de territorios ancestrales y participación política. Las decisiones logradas servirán en el futuro como marco conceptual para el trabajo de la Relatoría en este tema, buscando así mejorar la articulación de estrategias judiciales y de promoción. Este rol de las relatorías temáticas de la CIDH enfatiza el tratamiento de los casos que se presentan ante la Corte como litigios estratégicos, pues el planteo del caso que se expone en la demanda y el tipo de remedios institucionales que se requieren ante la Corte apuntan a avanzar agendas que surgen del trabajo de supervisión.

La articulación de rol judicial y rol político no es solo una estrategia desarrollada por las relatorías temáticas, sino también por las relatorías de la CIDH a cargo del seguimiento de la situación en los países. Así, por ejemplo, el seguimiento que la CIDH ha realizado en los últimos años sobre las actividades de grupos paramilitares en Colombia, sus crímenes masivos y el alto grado de impunidad de sus acciones en la justicia colombiana, además de ser considerado en informes de país y en el informe anual de la CIDH, y estar en la agenda de supervisión de los relatores de país, fue ilustrado por una serie de casos paradigmáticos presentados ante la Corte IDH. En esos casos no solo se fijaron estándares jurídicos claros sobre la responsabilidad estatal por los crímenes del paramilitarismo, sino que se analizaron problemas estructurales del funcionamiento de las instituciones judiciales, como la justicia penal militar y el fuero contencioso-administrativo. Más recientemente, la CIDH y varios peticionarios pidieron a la Corte IDH que se pronunciara sobre aspectos de la Ley de Justicia y Paz que rige el proceso de desmovilización de paramilitares colombianos. La CIDH, al mismo tiempo, como parte de su rol político, realizó un seguimiento del proceso de desmovilización y un acompañamiento de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz (MAPP / OEA) en Colombia, pronunciándose sobre aspectos jurídicos del marco normativo, pero también sobre problemas concretos de implementación de la Ley de Justicia y Paz, de modo que la misma cuestión se abordó y discutió en el contexto de los casos ante

la Corte IDH y en la agenda de supervisión de la CIDH. En tal sentido, la jurisprudencia que fue fijando la Corte en diferentes asuntos como el alcance del deber de investigación penal, las medidas adecuadas de protección de víctimas y de testigos, la naturaleza y las características de las reparaciones a las víctimas de los grupos paramilitares y la responsabilidad del Estado colombiano al respecto, tuvo un enorme peso en las discusiones internas sobre el alcance de las normas que rigieron la desmovilización y las políticas públicas adoptadas en ese proceso (véase Corte IDH, 2006c, 2007c). La CIDH usó la jurisprudencia de la Corte como base de sus análisis en sus diálogos con agencias del Estado, en sus pronunciamientos públicos y en sus informes (véase CIDH, 2007c, 2008c). También fue clave como marco de referencia para algunas agencias del Estado, al formular recomendaciones al Gobierno y al Congreso, como la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación de Colombia (CNRR, 2007), y sirvió como marco al trabajo de control que ejercieron las organizaciones de derechos humanos en este país (véase, por ejemplo, Uprimny *et al.*, 2006; Díaz y Marín, 2008). Las sentencias de la Corte, y las recomendaciones y los lineamientos de la CIDH también fueron consideradas en varios debates parlamentarios relevantes durante el proceso que todavía está en curso. No solo la discusión en el Congreso de la Ley de Justicia y Paz, sino también la reciente discusión acerca de una ley general sobre reparaciones a las víctimas del conflicto.

La articulación del SIDH con los sistemas de justicia locales

La autoridad de las decisiones y de la jurisprudencia de los órganos del sistema depende en parte de la legitimidad social alcanzada y de la existencia de una comunidad de actores interesados que acompaña y difunde sus estándares y decisiones. No se trata de incidir a través de una fuerza coactiva, de la que carece, sino de una fuerza persuasiva que debe construir y preservar.

Así, en los países en los cuales el derecho internacional de los derechos humanos hace parte cotidiana del discurso jurídico y de los argumentos planteados en las cortes, se dan algunos factores que nos parece apropiado resaltar. Por un lado, el SIDH ha ganado legitimidad por estar vinculado a momentos relevantes de los procesos políticos del país, en especial la resistencia a las dictaduras y la reconstrucción del orden constitucional y democrático. Por otro lado, y en parte a raíz de esto, existe una comunidad de actores sociales, políticos y sectores académicos que se consideran protagonistas de la evolución del propio

SIDH, y participan activamente del proceso de implementación nacional de sus decisiones y principios.

Muchos países de América Latina aprobaron tratados de derechos humanos y se incorporaron al SIDH en la etapa de las transiciones a la democracia, como una suerte de antídoto para aventar el riesgo de regresiones autoritarias, atando sus sistemas políticos y legales al “mástil” de la protección internacional.² En Argentina, por ejemplo, la aprobación de los tratados de derechos humanos se produce en 1984, en el inicio de la transición democrática. La incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en 1994 fue un paso importante en ese proceso, pero también lo fue el rol desempeñado por la Comisión en su visita al país en plena dictadura militar en 1979, y su informe, que contribuyó a fortalecer a las organizaciones de víctimas y a desgastar al Gobierno ante la comunidad internacional. En Perú ha sido central la legitimidad ganada por la Comisión y la Corte en sus planteos de violaciones de derechos humanos durante el Gobierno de Fujimori. La visita de la CIDH al Perú en 1992, y luego en 1999, y su informe sobre “democracia y derechos humanos”, junto con las sentencias paradigmáticas de la Corte sobre legislación antiterrorista, libertad de expresión y tribunales militares, contribuyeron a documentar y exponer la gravedad de las violaciones cometidas durante ese periodo. El regreso pleno de Perú al SIDH en 2001, y la aceptación de responsabilidad internacional por los crímenes atroces del régimen de Fujimori, fue una política medular del Gobierno de transición. Ello seguramente ha contribuido a conformar un sector de organizaciones sociales, de académicos, así como un núcleo de jueces y operadores jurídicos familiarizados con el sistema.

Si bien en la última década se ha avanzado sustancialmente en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno de los Estados, y en varios países de la región la jurisprudencia de la Corte se considera como una guía, e incluso como una “guía ineludible” para la interpretación de la Convención Americana por los jueces locales (por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de Argentina, casos Giroldi, 1995 y Poblete, 2001; Arancibia, 2004; Abramovich, Bovino y Courtis, 2006), no se trata de un proceso lineal y existen voces disidentes.

Recientes decisiones de los tribunales superiores en República Dominicana y en Venezuela relativizan la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH y procuran resguardar para las cortes nacionales una

2 John Elster planteó esta metáfora para referirse al acto constituyente en su libro *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, de 1979.

facultad de revisión previa (test de legalidad) acerca de la compatibilidad de la decisión del órgano internacional con el orden constitucional del país. Se trata de un debate abierto en los sistemas de justicia del continente, en el cual las posiciones refractarias a la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos tienen todavía un peso considerable, y con variaciones plantean argumentos que apuntan al resguardo de mayores espacios de autonomía nacional.

En relación con el SIDH, en la actualidad, a diferencia del periodo de las dictaduras, su intervención en ciertos asuntos domésticos puede obedecer a relaciones de coordinación o articulación con diversos actores locales, públicos y sociales, que participan tanto de la formulación de las demandas ante la instancia internacional, como en los procesos de implementación de sus decisiones particulares o de sus estándares generales en el ámbito interno.³

El juego de la intervención internacional en este escenario es variado y complejo, pero por lo general cuenta con el apoyo de actores locales fuertes que activan la respuesta internacional y potencian luego sus efectos domésticos. En ocasiones el SIDH se apoya en la sociedad civil para fiscalizar al Gobierno a la manera clásica,⁴ pero también puede actuar de manera coordinada con los gobiernos federales para lograr la implementación de medidas o políticas a nivel de los estados locales o las provincias;⁵ en ocasiones se apoya en decisiones o precedentes de los tribunales para tener pautas de seguimiento de acciones del Congreso o del Gobierno;⁶ o los gobiernos o los congresos piden su inter-

3 En este orden de ideas, al tratar de responder la pregunta acerca de por qué los Estados deberían obedecer el derecho internacional, Harold Koh propone considerar que la asunción de las obligaciones jurídicas internacionales es fruto de un “proceso jurídico transnacional” que consiste en un conjunto de subprocesos complejos y de variadas dimensiones que incluyen la articulación, la interpretación y la incorporación del derecho internacional en el ámbito local, a través de mecanismos políticos, sociales y jurídicos (Koh, 1996, 1997, 2004).

4 Por ejemplo, cuando recibe información sobre situaciones particulares para elaborar sus informes, ya sea a través de audiencias en su sede, o en las visitas al país.

5 Esta situación se observa, por ejemplo, en algunos casos sobre superpoblación y violencia en cárceles estatales en Brasil y Argentina, en los cuales la intervención del SIDH ha motivado distintas formas de acción de la autoridad federal en los sistemas penitenciarios locales. También, en un acuerdo reciente de solución amistosa celebrado con el Gobierno federal en México que motivó la adopción por estados locales de un protocolo sobre abortos no punibles.

6 Por ejemplo, en Colombia la CIDH ha utilizado como marco para seguir situaciones de derechos humanos las decisiones de la Corte Constitucional sobre desplazados internos (véase, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, 2004; CIDH, 2007b). En sentido inverso, algunas decisiones de la Corte Constitucional, por ejemplo, sobre mujeres desplazadas en el marco del con-

vención para contribuir a alcanzar consensos con otros poderes como la judicatura,⁷ o acompañar la implementación de medidas resistidas por actores sociales o políticos locales.⁸ Usualmente, los tribunales locales se apoyan en decisiones del SIDH para controlar las políticas de los gobiernos o del Congreso.⁹

La implementación de decisiones adoptadas en casos contenciosos

El nivel de cumplimiento de las decisiones particulares en el SIDH es importante en relación con las medidas reparatorias pecuniarias y respecto a medidas de reformas legislativas que fueron ya mencionadas. En ambos casos, algunos estudios preliminares realizados sobre la base de los relevamientos de cumplimiento efectuados en los informes anuales de la CIDH sugieren que el nivel de cumplimiento más alto se da en el marco de los procesos de solución amistosa, donde el Estado de manera autónoma se fija compromisos de esta índole.

flicto colombiano, han impuesto obligaciones de prestación al Estado y han considerado como fundamento, entre otros estándares constitucionales, decisiones, informes de situación y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. Incluso, una reciente decisión de la Corte Constitucional invita a la CIDH a integrarse a un sistema de monitoreo del cumplimiento de la sentencia doméstica (véase Corte Constitucional, 2008).

7 Esta situación se ha dado, por ejemplo, en los acuerdos de solución amistosa sobre la amnistía peruana en el caso Barrios Altos, donde el Gobierno peruano, los peticionarios y la CIDH le pidieron a la Corte IDH que definiera los estándares sobre compatibilidad de las leyes de amnistía de graves violaciones de los derechos humanos con la Convención Americana, a fin de brindar un marco jurídico a los tribunales nacionales para que procedieran a la reapertura de los casos judiciales cerrados en virtud de esas leyes. También, los acuerdos de solución amistosa sobre la tramitación de causas judiciales sobre el derecho a la verdad en Argentina, celebrados por peticionarios y el Gobierno, contribuyeron a comprometer la actuación del sistema judicial local en su implementación.

8 Véase, por ejemplo, la intervención de la CIDH en los conflictos relacionados con la situación de semiesclavitud de familias indígenas guaraníes en haciendas del Chaco boliviano y las trabas a la implementación de la legislación sobre reforma agraria en los departamentos del oriente de Bolivia (CIDH, 2008a).

9 Véase, por ejemplo, la reciente decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema colombiana que limita la facultad de extraditar a Estados Unidos a miembros de las AUC que estén participando del proceso de Justicia y Paz en Colombia. La Corte considera que la extradición dificulta la investigación de los casos de derechos humanos y la confesión de los imputados, lo que afecta el derecho a la justicia y a la verdad de las víctimas. La Corte Suprema se basa en jurisprudencia internacional y considera especialmente la decisión de implementación de la Corte IDH en el caso de la masacre de Mapiripán. Sobre el tema se había pronunciado previamente con iguales argumentos la CIDH (Corte Suprema de Justicia, 2009; Corte IDH, 2009; CIDH, 2008a).

Existen problemas de incumplimiento tanto de las recomendaciones de la CIDH como de las sentencias de la Corte IDH, en las medidas de investigación penal de crímenes de Estado, en particular cuando los procesos internos se han cerrado y su reapertura puede afectar las garantías de los acusados. En algunos países se observa un grave deterioro de las instancias judiciales con niveles de impunidad generalizados, esto es, que no se limitan a los casos de violaciones de los derechos humanos. Hemos visto cómo el SIDH ha utilizado el examen de patrones estructurales de impunidad para invalidar decisiones judiciales que intentan clausurar la investigación de este tipo de crímenes, por lo general para beneficiar a grupos con poder y en perjuicio de ciertos sectores de víctimas.¹⁰

También es defectuoso el cumplimiento de obligaciones positivas de alcance colectivo impuestas a los Estados, por ejemplo, cambios en las políticas vigentes, o implementación de medidas de protección de grupos, organización de servicios sociales, servicios públicos, o suministro de bienes a grupos o comunidades, e incluso el reconocimiento de títulos o de derechos colectivos.

Un primer aspecto por señalar es que no hay una discusión profunda en el SIDH, y en la comunidad jurídica que acompaña sus decisiones, acerca del tipo de remedios que se disponen como medidas de reparación en los casos contenciosos, o en el marco de las medidas cautelares o provisionales. Muchas veces los remedios fijados en los casos obedecen a las sugerencias de los peticionarios y representantes de las víctimas y no existe una línea jurisprudencial consistente sobre esto.

Otro problema es que el sistema sigue pensando y diseñando remedios bajo el modelo elaborado en el tiempo de las transiciones, poniendo más énfasis en la investigación y determinación de responsables de las violaciones, y menos en la modificación de los problemas estructurales que esas violaciones evidencian. Este sistema de remedios clásicos no encaja plenamente con el tipo de conflictos propios de la nueva agenda de igualdad y derechos colectivos a la que hacíamos referencia. Sobre todo, cuando el SIDH no se limita a juzgar hechos ocurridos en el

10 En el caso Carpio Nicolle contra Guatemala, la Corte IDH ha considerado el concepto de “cosa juzgada aparente o fraudulenta” en función no solo de las circunstancias del proceso judicial en estudio, sino también del contexto y de la existencia de un “patrón sistemático de impunidad” de ciertos crímenes de Estado. Nuevamente hay aquí una perspectiva que apunta a examinar desigualdades en la aplicación de la ley penal en beneficio de ciertos sectores privilegiados, o en perjuicio de otros sectores sociales sojuzgados. En este caso, la desigualdad ante la ley es el fundamento de la descalificación de la decisión judicial de cierre del proceso y eso permite relativizar también el principio de cosa juzgada y de *ne bis in idem* (Krsticevic, 2007).

pasado, sino que procura prevenir la consumación de daños, o el agravamiento de situaciones en curso, o pretende incidir en la reversión de patrones sistemáticos o superar deficiencias institucionales.

En los casos en que la Corte ha fijado remedios de alcance estructural o colectivo tendientes a revisar políticas o prácticas en curso, se ha puesto en evidencia la debilidad de los sistemas de supervisión y de los mecanismos de implementación. La lógica de los remedios fijados se asemeja a los remedios del litigio de reforma estructural en los tribunales nacionales. En este tipo de casos se procura equilibrar numerosos intereses contrapuestos y dar al Gobierno un margen para definir medidas, presentando planes de acción de mediano y largo plazo. Se busca además resguardar el acceso a la información, y la participación de las víctimas y sus representantes en los procesos que definen esas políticas (véase Sabel y Simon, 2004; Gauri y Brinks, 2008; Abramovich, 2009). Estos remedios —que son de por sí problemáticos en tribunales nacionales— resultan aún más complejos de implementar desde tribunales internacionales, si no cuentan con un sistema procesal adecuado y con el auxilio de actores locales. La persistencia de bajos niveles de efectividad de este tipo de remedios estructurales puede conducir a un replanteo de todo el SIDH, y traer costos en términos de legitimidad de la Corte. Lo cierto es que el SIDH ingresó en una etapa de desarrollo de un modelo de litigio estructural de protección de grupos o colectivos, sin haber afinado y discutido con profundidad los límites o las potencialidades de sus reglas procesales,¹¹ su sistema de remedios, y sus mecanismos de seguimiento y supervisión de decisiones.

Ello ha quedado expuesto, en mi opinión, con mayor claridad en el marco de las medidas provisionales de la Corte en materia carcelaria. Estos asuntos, en los que se plantea la existencia de condiciones inhumanas de detención y prácticas estructurales de violencia toleradas por autoridades de los estados y federales, funcionan como una suerte de *habeas corpus* colectivo internacional. En ellos se ha desarrollado un interesante debate sobre el tipo de remedios y los mecanismos de supervisión internacionales y locales. La Corte, a instancia de los peticionarios y de la Comisión, ha ido modificando gradualmente el tipo de

11 Por ejemplo, existe un debate sobre el grado de precisión que se requiere en la identificación de las víctimas en casos de índole colectiva. Se necesita en todos los casos nombrar a cada persona afectada, o el SIDH, que ingresó en el tratamiento de patrones estructurales y el reconocimiento de “derechos de grupos”, debe adaptar sus procedimientos a esta nueva agenda, y aceptar la identificación de grupos o “clases” como víctimas, en especial en la etapa de reparaciones y en el marco de las medidas de protección cautelar. El riesgo es una cierta esquizofrenia, o un desarrollo en direcciones opuestas, entre la jurisprudencia sobre igualdad y las decisiones en materia procesal.

remedios impuestos al Estado federal y por su intermedio a los Estados provinciales, pero aún no se ha conseguido un cumplimiento adecuado de las órdenes establecidas.

Este problema de implementación también se presenta respecto de recientes decisiones de la Corte IDH en medidas provisionales de protección de grupos sociales expuestos a situaciones de violencia. Estas medidas de protección parten de la obligación de respetar y garantizar ciertos derechos culturales de grupos étnicos, por ejemplo, restricciones a determinadas actividades bélicas en resguardo de la integridad de territorios colectivos de pueblos indígenas y comunidades negras colombianas, y protección de líderes y del territorio comunitario frente a actores no estatales, así como la obligación de prestar ciertas prestaciones sociales diferenciadas y culturalmente pertinentes (Corte IDH, 2004, 2006a, 2008b, 2009). El mismo tipo de problemas presenta la ejecución de sentencias de la Corte en casos sobre pueblos indígenas, en las cuales la Corte estableció deberes de demarcación y titulación de territorios comunitarios e impuso al Estado la obligación de brindar prestaciones sociales básicas.¹²

Corresponde señalar algunos temas que deberían integrar una agenda de discusión sobre la implementación de remedios en estos casos de alcance colectivo.

1. No se ha avanzado de manera significativa en mecanismos internos de implementación de decisiones de los órganos del SIDH.¹³ La Convención establece que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias y ejecutables por un procedimiento de ejecución de sentencias. La existencia de un sistema de ejecución en tribunales nacionales sería indispensable para alcanzar la implementación de ciertas decisiones sobre derechos sociales, por ejemplo, el restablecimiento de personal despedido, o el cobro de créditos laborales o pensiones, con la posibilidad de embargar bienes del Estado. En ese sentido, solo la jurisdicción local tiene competencia para este tipo de medidas de ejecución patrimonial.
2. El trámite de un caso internacional y el cumplimiento de las medidas de reparación fijadas requieren un alto nivel de coordinación entre diferentes agencias de Gobierno que no suele alcanzarse. Esto dificulta sensiblemente el trámite del caso, el trabajo de los

12 La Corte impuso organizar ciertas prestaciones vitales de salud, agua y educación, para una comunidad indígena expulsada de su territorio colectivo (Corte IDH, 2006d, y subsiguientes decisiones de supervisión de sentencia).

13 Colombia y Perú han sancionado normas sobre implementación y coordinación intergubernamental que son un modelo por considerar.

órganos del SIDH y el cumplimiento de las decisiones. La coordinación al interior del mismo Gobierno es compleja, pero más lo es la coordinación de este con el parlamento o la justicia, cuando las medidas involucradas en un caso requieren reformas legales o la activación de procesos judiciales. El tema es aún más grave cuando se trata de coordinar agencias del Estado nacional con Estados provinciales en sistemas federales. Por lo general, las agencias que litigan los casos por el Estado están vinculadas a las carteras de los ministerios de Relaciones Exteriores o a áreas específicas de derechos humanos que funcionan, por ejemplo, en los Ministerios de Justicia (Argentina, Brasil), de Educación (Uruguay) y en ocasiones en las Vicepresidencias (Colombia o Guatemala). La implementación de decisiones en materia de servicios sociales corresponde a áreas de economía o de acción social que no tienen participación directa en el litigio, y no están familiarizadas con el SIDH ni con las posiciones de los Estados. Algunos Estados incorporan de manera temprana, incluso durante el caso ante la CIDH, a todas las agencias públicas concernidas en el pleito para que provean información técnica específica y, al mismo tiempo, sean corresponsables de las posiciones del Estado en la esfera internacional. Por lo general, la coordinación se realiza sobre reglas *ad hoc*, pensadas caso por caso, según cuáles sean las agencias competentes. Pocos países han aprobado sistemas institucionales estables que fijen las reglas de coordinación entre agencias en temas de derechos humanos y, en especial, en el manejo de litigios internacionales. Por ejemplo, Colombia tiene un mecanismo de coordinación que podría ser estudiado. También, recientemente, Perú creó una procuraduría para la defensa jurídica del Estado en el ámbito internacional que tiene la función de coordinación de agencias en el marco de los casos.

Cuando la implementación de decisiones requiere la intervención judicial, la acción de las agencias del Poder Ejecutivo tiene el límite evidente de la independencia judicial. Es común que funcionarios judiciales se incorporen en las delegaciones y participen de las audiencias de los casos e incluso de las audiencias de seguimiento. Por ejemplo, es una práctica utilizada por Colombia y Guatemala en casos que demandan investigación penal de crímenes.

La articulación de instancias federales y estatales es mucho más compleja en los sistemas federales, como México, Brasil y Argentina. Los problemas de articulación y algunas estrategias desarrolladas para lograr mejores niveles de articulación pueden seguirse en los casos de sobrepoblación carcelaria en Brasil y en Argentina, e incluso en la ejecución de un acuerdo de solución

amistosa sobre implementación de un protocolo para abortos no punibles en Baja California, en México, en el Caso Paulina. Como en este tipo de casos la implementación de decisiones concierne, en la esfera internacional, solo al Estado federal, es común que las autoridades locales se desentiendan del litigio y de las condenas. No hay mecanismos para involucrar a estas instancias locales en este tipo de casos. En ocasiones, los peticionarios y los propios gobiernos federales han acudido a la justicia federal para solicitar medidas de cumplimiento a los estados provinciales, en razón de condenas o medidas provisionales impuestas por la Corte IDH.

En la coordinación entre agencias del Estado las organizaciones de la sociedad civil que participan del litigio del caso tienen un rol importante para cumplir, en términos de negociación y provisión de información sobre el conflicto examinado en cada caso. Como dijimos, es común que muchas organizaciones litiguen casos en el SIDH para impulsar cambios de políticas públicas, y esto conlleva una vocación de negociación e incidencia con los gobiernos y con los órganos del Estado. Este escenario ha facilitado acuerdos de solución amistosa, e incluso el desarrollo de mesas de diálogo durante los procesos de ejecución de sentencias de la Corte IDH.

3. La Comisión y la Corte realizan un informe a la Asamblea de la OEA sobre los incumplimientos, pero el tiempo que tienen para plantear y activar los mecanismos de garantía colectiva de los Estados es mínimo. Tampoco existe un debate serio en el ámbito del sistema sobre cómo mejorar los mecanismos de cumplimiento de índole política y alcanzar un mayor compromiso de los diversos órganos de la OEA.
4. En cuanto al sistema de seguimiento de decisiones, el mecanismo más efectivo hasta ahora para lograr resultados en el cumplimiento es la creación de instancias de supervisión internacional como las audiencias de seguimiento ante la Comisión o la Corte. Muchas organizaciones que representan víctimas prefieren estos mecanismos de supervisión internacional a los sistemas de ejecución internos, pues entienden que volver al ámbito nacional implica devolver a las víctimas a una situación de desequilibrio de poder con el Estado que solo la participación del órgano internacional puede evitar (véase Abregú y Espinoza, 2006). Las audiencias de seguimiento ante la Corte IDH suelen tener la formalidad de una audiencia de juicio; esto tiene la ventaja de imponer a los Estados fijar posiciones formales que comprometen a todas las agencias públicas involucradas, y ello en ocasiones facilita los esfuerzos de las agencias

comprometidas con el cumplimiento para involucrar a las áreas más renuentes. Es común que estas audiencias obliguen a peticionarios y al Estado a mantener una rutina de reuniones de trabajo en los países para intercambiar información sobre el avance de la implementación de las sentencias y decisiones, con vista a presentar sus puntos de vista ante la Corte, y que en las audiencias en la sede de la Corte se vuelquen compromisos asumidos por las partes en las reuniones previas celebradas en los países. Estas mesas de negociación para la implementación funcionan como espacios de negociación pero, al mismo tiempo, al tener a la Corte como tercero que va a evaluar la información final que resulte de esos acuerdos, se evita de alguna manera el desequilibrio de poder entre víctimas y Gobierno. Se trata de una suerte de *mesas de trabajo tuteladas* por la intervención final del tribunal internacional ante el cual deben rendir cuentas las partes. En ese sentido, es importante la fijación de este tipo de audiencias formales ante la Corte para movilizar los procesos y obligar a presentar información actualizada sobre los avances de los procesos. La *cobertura pública* de las audiencias por la prensa y, eventualmente, por un sistema de Internet como ocurre con las audiencias ante la CIDH, facilitaría esta presión sobre los Estados para aportar información y dar cuentas sobre los avances, y permitiría que funcionaran plenamente como un espacio de rendición de cuentas.

La Corte adopta resoluciones de cumplimiento que funcionan como autos interlocutorios y que en el caso de remedios colectivos complejos resultan indispensables para ir precisando y ajustando las órdenes generales establecidas en las sentencias de casos, o en las primeras decisiones de medidas provisionales. En estas resoluciones interlocutorias se fijan, además, importantes deberes de información y plazos para el cumplimiento de cada mandato particular. Esto facilita ordenar el proceso de ejecución de decisiones y recuperar las posiciones fijadas por las partes en sus informes escritos y sus exposiciones en las audiencias de seguimiento.

Recientemente, la Corte comenzó a adoptar el sistema que venía usando la CIDH de reuniones de trabajo para el seguimiento de sentencias. Se trata de un espacio más informal que favorece la negociación y el diálogo más franco y directo, sobre todo acerca de problemas de implementación y coordinación que los gobiernos no quieren tratar en espacios públicos. También favorece un cierto rol de mediación de los jueces de la Corte, al permitirles opinar más libremente sobre la evaluación de la marcha de los procesos.

En el cumplimiento de medidas cautelares o recomendaciones

de la CIDH esta cuenta con la posibilidad de efectuar reuniones de trabajo de seguimiento informales en los países, con la presencia de los relatores de cada país. La posibilidad de realizar este tipo de reuniones en los países facilita la participación de las víctimas y las organizaciones, así como de las áreas competentes del Estado que están realmente a cargo de la implementación de los mandatos. Ello agiliza la implementación de decisiones. Sin embargo, la CIDH se ha negado a participar activamente en la implementación de decisiones finales de la Corte.

5. Una discusión abierta es si este tipo de medidas de supervisión internacional pueden ser efectivas, sin que se involucre activamente al propio sistema de justicia nacional y a órganos públicos nacionales que estén en condiciones de realizar una evaluación y fiscalización de la situación en el terreno. Precisamente, en los casos en materia carcelaria de Argentina y de Brasil, como señalamos, el Gobierno federal y los peticionarios acudieron a los tribunales supremos del Estado federal para que conminara a los estados provinciales a brindar información y activar las reformas y políticas públicas pendientes.¹⁴ Incluso en el caso de Urso Branco en Brasil, el Supremo Tribunal Federal, a pedido del fiscal y de las organizaciones que son peticionarias en el caso internacional, tramita la intervención federal al estado de Rondonia por la situación del sistema carcelario, con base en las decisiones de la Corte IDH. La tramitación del caso internacional y del expediente para resolver sobre la intervención federal en el Estado ha activado los mecanismos federales y habilitado su mayor intervención en temas que se vinculan con la política penitenciaria que es competencia constitucional del Estado subnacional. Un dato importante para destacar es que en estos dos casos la intervención de las cortes supremas nacionales no fue el resultado de un pedido de auxilio o de colaboración efectuado por la Corte IDH, sino que los mismos actores del litigio internacional activaron la jurisdicción interna para destrabar el proceso de ejecución.
6. En ocasiones se necesita la intervención de actores locales como auxiliares imparciales de la Corte IDH para presentar información relevante sobre el estado de la situación y la marcha del cumplimiento de las sentencias. La Corte IDH no tiene la práctica de requerir ese

14 Véase Corte Suprema de Justicia de Argentina (2006), caso Lavado. Se trata de la decisión de la Corte Suprema argentina que discute la implementación de las medidas provisionales dispuestas por la Corte IDH en el asunto de Penitenciarías de Mendoza respecto de Argentina.

auxilio ni existen reglas procesales que habiliten expresamente esa participación en la etapa de ejecución de las sentencias, pero tampoco normas que prohíban este tipo de participación. En casos de litigio estructural, la Corte Suprema argentina y la Corte Constitucional colombiana involucraron a órganos públicos autónomos o a universidades y centros de investigación en las etapas de ejecución para que les aporten datos estadísticos, censos, estudios técnicos sobre las situaciones en curso, e incluso para que evalúen la razonabilidad de programas o políticas planteados por los gobiernos como estrategias del cumplimiento de las órdenes judiciales. Esta participación de expertos independientes es clave por la complejidad técnica de los temas y porque no siempre las organizaciones demandantes ni la propia Corte IDH cuentan con recursos técnicos para producir y evaluar información sobre situaciones estructurales y políticas públicas.

En el ámbito del SIDH, la Corte en ocasiones ha pedido a la Comisión que haga uso de sus facultades de observación en terreno y le presente diagnósticos de situación; por ejemplo, en las medidas provisionales sobre cárceles en la provincia de Mendoza en Argentina. También en las medidas provisionales sobre las comunidades del Jiguamiandó y Curvaradó en Colombia. El problema es que en la actualidad, en los casos contenciosos, la CIDH actúa como demandante ante la Corte y eso relativiza su imparcialidad para presentar información del estado de cumplimiento. El cambio del rol de la CIDH ante la Corte, a partir de la reciente reforma del reglamento de ambos órganos, podría favorecer esta nueva función de la Comisión como auxiliar en la etapa de ejecución.

Referencias

- Abramovich, V. (2009). El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. En Abramovich, V. y Pautassi, L. (comps.). *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires: CELS y Editores del Puerto.
- Abramovich, V., Bovino, A. y Courtis, C. (2006). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires: CELS y Editores del Puerto.
- Abregú, M. y Espinoza, O. (2006). La eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados parte. En Abramovich, V., Bovino, A. y Courtis, C. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década* (pp. 191-216). Buenos Aires: CELS y Editores del Puerto.

CIDH (2001). *Informe 54/01*, Maria da Penha Maia Fernández contra Brasil. Informe núm. 54/01, caso 12.051, 16 de abril.

CIDH (2007a). *Informe 11/2007*, caso interestatal 01/06, Nicaragua contra Costa Rica, 8 de marzo.

CIDH (2007b). *Informe anual*. Capítulo IV, situación de derechos humanos en Colombia 2006 y 2007. OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1, 3 marzo.

CIDH (2007c). *Seguimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al proceso de desmovilización de las AUC en Colombia. Compendio de documentos publicados (2004-2007)*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/INF.2/07.

CIDH (2008a). *CIDH expresa preocupación por extradición de paramilitares colombianos*. Comunicado de prensa 21/08.

CIDH (2008c). *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones*. OEA/Ser.L/V/II.131 Doc. 1, 19 de febrero.

CIDH (2009). *Informe sobre la visita al terreno en relación con las medidas provisionales ordenadas a favor de los miembros de las comunidades constituidas por el Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias de Curbaradó, municipio del Carmen del Darién, departamento del Chocó, República de Colombia*. OEA, 20 de febrero.

CIDH (2009). Wallace de Almeida contra Brasil. Informe No. 26/09, caso 12.440, Admisibilidad y fondo, 20 de marzo.

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (2007). *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*. Bogotá: CNRR.

Corte Constitucional de Colombia (2004). Sentencia T-025.

Corte Constitucional de Colombia (2008). Sala segunda, Auto 092.

Corte IDH (2002). *Asunto de la cárcel de "Urso Branco" respecto de Brasil*. Medidas provisionales. Resolución del 18 de junio de 2002.

Corte IDH (2004 y 2009). *Caso del pueblo indígena kankuamo*. Medidas provisionales.

Corte IDH (2004). *Asunto de las penitenciarias de la provincia de Mendoza respecto de Argentina*. Medidas provisionales. Resolución del 22 de noviembre de 2004.

Corte IDH (2005). *Asunto de los niños y adolescentes privados de la libertad en el "Complejo de Tatuapé" da FEBEM, respecto de Brasil*. Medidas cautelares. Resolución del 17 de noviembre de 2005.

Corte IDH (2006a). *Asunto comunidades del Jiguamiandó y de Curbaradó respecto de Colombia*. Medidas cautelares. Resolución del 07 de febrero de 2006.

Corte IDH (2006b). *Asunto de las personas privadas de libertad de la penitenciaría Dr. Sebastiao Martins Silveira en Araquara, São Paulo, respecto de Brasil*. Medidas cautelares. Resolución del 28 de julio de 2006.

- Corte IDH (2006c). *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio.
- Corte IDH (2006d). *Caso de Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 29 de marzo (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (2007a). *Caso de las comunidades afrocolombianas del Jiguamiandó y el Curbaradó*. Medidas provisionales, 5 de febrero.
- Corte IDH (2007b). *Caso de Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez* (Casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos.
- Corte IDH (2007c). *Caso de la Masacre de la Rochela*. Sentencia de 11 de mayo (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH (2008a). *Asunto comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto de Colombia*. Medidas provisionales. Resolución del 05 de febrero de 2008.
- Corte IDH (2008b). *Asunto de la cárcel de "Urso Branco" respecto de Brasil*. Medidas provisionales. Resolución del 02 de mayo de 2008.
- Corte IDH (2008c). *Asunto de las penitenciarías de la provincia de Mendoza respecto de Argentina*. Medidas provisionales. Resolución del 17 de octubre de 2008.
- Corte IDH (2008d). *Asunto de las personas privadas de libertad de la penitenciaría Dr. Sebastião Martins Silveira en Araquara, São Paulo, respecto de Brasil*. Medidas provisionales. Resolución del 10 de junio de 2008.
- Corte IDH (2008e). *Asunto de los niños y adolescentes privados de la libertad en el "Complexo de Tatuapé" da FEBEM, respecto de Brasil*. Medidas cautelares. Resolución del 10 de junio de 2008.
- Corte IDH (2009). *Caso de la Masacre de Mapiripán*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 8 de julio.
- Corte Suprema de Justicia de Argentina (1995). *Caso Giroldi*, CSJN-07/04/1995.
- Corte Suprema de Justicia de Argentina (2001). *Caso Poblete*, CSJN-06/03/2001.
- Corte Suprema de Justicia de Argentina (2004). *Caso Arancibia Clavel*, CSJN-24/08/2004.
- Corte Suprema de Justicia de Argentina (2006). *Caso Lavado, Diego Jorge y otros c. Provincia de Mendoza sobre acción declarativa de certeza*, CSJN-06/09/2006.
- Díaz, A. M. y Marín R., C. A. (eds.) (2008). *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance de la aplicación de la Ley 975 de 2005*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas (CCJ).
- Elster, J. (1979). *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Gauri, V. y Brinks, D. M. (2008). A new policy landscape: Legalizing social and economic rights in the developing world. En *Courting*

- Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. New York: Cambridge University Press.
- Koh, H. H. (1996). Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, 75 (Issue 1), pp. 181-2008.
- Koh, H. H. (1997). Why do nations obey international law? *Yale Law Journal*, 106 (Issue 8), pp. 2599-2660.
- Koh, H. H. (2004). International law as part of our law. *Am. J. Int'l L.*, 98 (43), 56.
- Krsticevic, V. (2007). Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos. En Tojo, L. y Krsticevic, V. (coords.). *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales* (pp. 15-112). Buenos Aires: CEJIL.
- MacDowell Santos, C. (2007). El activismo legal transnacional y el Estado: reflexiones sobre los casos contra Brasil en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Sur*, 4 (7).
- Nelson, P. y Dorsey, E. (2007). New rights advocacy in a global public domain. *European Journal of International Relations*, 13 (Issue 2), pp. 187-216.
- Risse, T. y Sikkink, K. (1999). The socialization of international human rights norms into domestic practices: Introduction. En Risse, T., Ropp, S. C. y Sikkink, K. *The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change* (pp. 1-39). Cambridge, UK: Cambridge Studies in International Relations, Cambridge University Press.
- Sabel, C. y Simon, W. (2004). Desestabilization rights: How public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, 117, 1016.
- Sikkink, K. (2003). La dimensión transnacional de los movimientos sociales. En Jelin, E. (comp.). *Más allá de la nación: las escalas múltiples de los movimientos sociales* (pp. 301-335). Buenos Aires: Libros del Zorzal.
- Tiscornia, S. (2008). *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*. Buenos Aires: CELS y Editores del Puerto.
- Uprimny, R., Botero, C. et al. (eds.) (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

12. El sistema africano de derechos humanos y el cumplimiento nacional

Frans Viljoen

En este capítulo reflexiono sobre el “cumplimiento” nacional o la “implementación” de las recomendaciones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Comisión Africana) y de las órdenes de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte Africana de Derechos Humanos) con respecto a los derechos socioeconómicos, que en conjunto recibirán el nombre de órdenes regionales. Aunque las obligaciones de los Estados en relación con estos derechos están asociadas con frecuencia a su pleno reconocimiento, también son relevantes las obligaciones de respetarlos, protegerlos y promoverlos.

Se hace un breve resumen de estas obligaciones de los Estados conforme al sistema regional africano de derechos humanos. Esta reflexión pasa luego a la cuestión de si, a partir de un estudio previo dedicado principalmente a los derechos “civiles y políticos”, los factores predictivos identificados con respecto al cumplimiento o la implementación son aplicables a los casos que se ocupan, sobre todo, de derechos socioeconómicos. Al considerar varias hipótesis, ajustadas según el estudio previo, se sugiere que varios factores —relacionados con el órgano o tribunal de seguimiento correspondiente; el marco jurídico nacional; las “víctimas”; la naturaleza del Estado demandado, la sociedad civil y la participación de la comunidad; y el papel del marco jurídico internacional— constituyen predictores posibles del cumplimiento nacional. El grado de cumplimiento se identifica y analiza en cuatro comunicaciones, llamadas aquí también casos, en los que la Comisión Africana hizo recomendaciones a los Estados con respecto a derechos socioeconómicos. En ese contexto, aunque no pretendo probar la validez formal o estadística de las hipótesis, teniendo en cuenta el número limitado de casos estudiados, analizo la relevancia de las hipótesis identificadas para comprender el cumplimiento en los cuatro casos.

El cumplimiento, entendido como la observancia de las obligaciones contenidas en un tratado por parte de un Estado, se distingue de

la cuestión mucho más general de si un individuo está “disfrutando plenamente” de los derechos reconocidos en tal tratado (Green, 2001, p. 1086). Aun si se usa en este sentido restrictivo, debería aclararse aún más qué se entiende por cumplimiento, para indicar si la obligación en discusión es extensa (por ejemplo, dar efecto a los derechos de los tratados) o restringida (por ejemplo, dar efecto a una medida de reparación).

En este capítulo, el principal objeto de estudio es el cumplimiento de las órdenes remediales regionales y adoptarlo hace que el estudio sea claramente limitado y limitante e implica un enfoque basado en las violaciones de los derechos. En especial, en el contexto de los derechos socioeconómicos, cabría preguntarse si esa clase de enfoque es el más apropiado, en lugar del más general de realización progresiva.

Los derechos socioeconómicos conforme al sistema africano

El sistema regional africano de derechos humanos está formado por tres instituciones internacionales creadas por un tratado que hacen determinaciones o toman decisiones con respecto a los Estados miembros de la Unión Africana (UA): la Comisión Africana, la Corte Africana de Derechos Humanos y el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar de los Niños (Comité Africano de los Derechos del Niño) (Viljoen, 2012).

En funcionamiento desde noviembre de 1987, la Comisión Africana ha producido durante casi tres décadas comunicaciones relacionadas con la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana).¹ Para mediados de 2015, 53 Estados africanos — todos ellos miembros de la UA, con la excepción de Sudán del Sur— habían sido ya, desde tiempo atrás, partes de la Carta. La Carta ha sido celebrada por incluir los derechos “socioeconómicos” junto con otros derechos (“civiles y políticos” y de los “pueblos”), sin distinción alguna sobre su exigibilidad judicial.² Con el transcurso del tiempo, la Comisión

1 Aunque en este capítulo se presta atención especial al mandato protector de la Comisión *en casos individuales*, también tiene alguna importancia su mandato promocional, que incluye el examen de los informes de los Estados y la elaboración de estudios temáticos sobre mecanismos especiales, como el Grupo de Trabajo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión.

2 Véanse en especial los artículos 16 y 17 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 27 de junio de 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entrada en vigor el 21 de octubre de 1986. El adjetivo “socioeconómico” se usa aquí como es usual en la Carta Africana; sin embargo, el mismo se cuestionará más adelante en el capítulo.

Africana aceptó la exigibilidad judicial de esos derechos y destacó que todos, incluidos los socioeconómicos, imponen a los Estados las obligaciones de respetarlos, protegerlos, promoverlos y hacerlos efectivos.³ Según esta comisión, el deber de respetar requiere que el Estado se abstenga de interferir en el goce de estos derechos, por ejemplo, mediante el respeto al uso de los recursos, mientras que el deber de proteger implica la protección a los titulares de derechos frente a otros sujetos.⁴ El deber de promover implica garantizar un entorno que permita a los individuos ejercer sus derechos (como crear y mantener un entorno legal efectivo, promover la tolerancia y crear mayor conciencia); el deber de hacer efectivos los derechos coincide en cierto grado con el deber de promoverlos, pero entraña también una expectativa positiva de que el Estado moverá “su maquinaria para conseguir la realización efectiva de los derechos”, por ejemplo, mediante la “atención directa de necesidades básicas”.⁵ Sin embargo, la Comisión no ha dejado claro en su jurisprudencia si las obligaciones positivas con respecto a los derechos socioeconómicos tienen que realizarse de manera inmediata o progresiva (Chirwa, 2008).

La lista limitada de estos derechos en la Carta Africana,⁶ un hecho reconocido por sus redactores,⁷ llevó a que la Comisión ampliara el catálogo de derechos socioeconómicos. Aplicando la “teoría de los derechos implícitos”, determinó que los relativos a alojamiento/vivienda y a alimentación/nutrición podían derivarse de las normas explícitas de la Carta⁸ y señaló como violación la que atañe al “derecho a un alojamiento” y al “derecho a la alimentación”.⁹ Sin embargo, con posterioridad, no aceptó la invitación a expandir la lista incluyendo el derecho al agua como un “derecho implícito”.¹⁰ En lugar de eso, usó su

3 Véase la estructuración de obligaciones en tres niveles en el caso Ogoniland [Communication 155/96, Social and Economic Rights Action Centre and Another vs. Nigeria (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001) (15th Annual Activity Report)], párrs. 44-47.

4 Caso Ogoniland, párrs. 46 y 47.

5 *Idem.*

6 Los únicos derechos que imponen claramente una obligación de hacerlos efectivos son los derechos a la educación y a la salud. Además, la Carta incluye también el derecho a condiciones equitativas de trabajo y protege el derecho de propiedad.

7 Los redactores de la Carta consideraron que el enfoque más apropiado en ese momento con respecto a la inclusión de los derechos socioeconómicos debía ser minimalista (véase Viljoen, 2004, p. 320).

8 Caso Ogoniland, párrs. 60, 65-66.

9 *Ibid.*, párrs. 62 y 66.

10 Communications: 279/03; 296/05, Sudan Human Rights NGO and Centre

competencia conforme a los artículos 60 y 61 para recurrir a la guía interpretativa de una amplia variedad de fuentes internacionales de derechos humanos a fin de deducir que el derecho a la salud (ya existente en la Carta) incluye el acceso al agua como uno de sus “determinantes subyacentes”.¹¹ Para darles un contenido más detallado a los derechos socioeconómicos de la Carta, en 2012 la Comisión adoptó para los Estados las Directrices Tunis de Información (State Party Reporting Guidelines for Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples’ Rights), como obligaciones de información de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Además de su competencia para oír casos basados en la Carta Africana, la Comisión Africana, también puede decidir sobre comunicaciones en las que se aleguen violaciones del Protocolo de la Carta Africana de los Derechos de las Mujeres en África (Protocolo de las Mujeres Africanas) que afecten a los Estados signatarios. El Protocolo para las Mujeres Africanas no solo refuerza los derechos socioeconómicos de la Carta, al detallar su relevancia para la vida de las mujeres,¹² sino que también formaliza la extensión jurisprudencial que hace la Comisión del ámbito de la Carta para incluir, en lo que concierne a las mujeres, los derechos a la vivienda y la alimentación.¹³

A pesar de su amplio ámbito sustantivo, el mandato protector de la Comisión está constreñido por la percepción generalmente aceptada de que sus determinaciones casi judiciales (conclusiones) son solo recomendaciones. Con la elección de los once primeros jueces de la Corte Africana de Derechos Humanos en 2006, el mandato protector de la Comisión fue reforzado por la posibilidad de conseguir declaraciones judiciales vinculantes (sentencias).¹⁴ La Corte tiene jurisdicción sobre la Carta Africana, el Protocolo para las Mujeres Africanas y la Carta

on *Housing and Evictions vs. Sudan*, 28th Activity Report of the African Commission (http://www.chr.up.ac.za/images/files/documents/ahrdd/theme02/african_commission_28th_activity_report.pdf), (2009) AHRLR 153 (ACHPR 2009) (28th Activity Report) (Darfur case), párr. 126.

11 Caso Darfur, párrs. 206-212.

12 Véanse, por ejemplo, los artículos 12 a 19 del Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa (Protocolo de la Carta Africana sobre Derechos de las Mujeres), adoptado en la segunda sesión de la Asamblea de la Unión, Maputo, CAB/LEG/66.6 (13 de septiembre de 2000); reimpressa en 1 *African Human Rights Law Journal*, 40, entrada en vigor el 25 de noviembre de 2005.

13 *Ibid.*, artículos 15 (seguridad alimentaria) y 16 (vivienda adecuada).

14 La Corte fue establecida mediante el Protocolo a la Carta Africana sobre el Establecimiento de una Corte de Derechos Humanos y de los Pueblos (1998), que entró en vigor en 2004 y hasta principios de 2012 contaba con la ratificación de 26 Estados parte.

Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (Carta de los Niños Africanos), y también sobre otros derechos humanos ratificados por los Estados afectados.¹⁵ Para mediados de 2016, había dictado tres sentencias de fondo, ninguna con relevancia específica para los derechos socioeconómicos.¹⁶

La Comisión Africana, si hay incumplimiento de cualquiera de sus conclusiones, puede referir el caso a la Corte Africana de Derechos Humanos. Según su Reglamento de Procedimiento de 2010, un Estado tiene un plazo de 180 días para indicar qué medidas se han tomado para implementar la decisión de la Comisión y, si el Estado no responde, puede recibir un recordatorio de hacerlo en otros 90 días adicionales.¹⁷ Si la Comisión “considera que el Estado no ha cumplido ni tiene voluntad de cumplir”, puede referir el caso a la Corte.¹⁸ Hasta el momento, la Comisión no ha referido ningún caso a la Corte por esa razón.¹⁹

En ejercicio de su mandato de considerar “comunicaciones”, el Comité de Derechos de los Niños Africanos puede hacer referencia también a los derechos socioeconómicos incluidos en la Carta de los Niños Africanos.²⁰ En la primera de las tres conclusiones emitidas hasta ahora, el Comité determinó que la denegación del derecho a la nacionalidad de los niños nubios y a registrar su nacimiento, con las restricciones consiguientes, constituían discriminación, y también estableció que las violaciones del derecho a la salud y la educación “derivaban” de

15 Sobre la jurisdicción contenciosa expansiva de la Corte, véase el artículo 3.1 del Protocolo de la Corte Africana de Derechos Humanos. Los artículos 27 y 31 del Protocolo, interpretados en conjunto, le proporcionan jurisdicción a la Comisión Africana y a la Corte Africana. Interpretar el artículo 27 en el sentido de que le da jurisdicción exclusiva a la Corte sería absurdo, puesto que solo permitiría quejas de individuos conforme al Protocolo, si el Estado hace una declaración del artículo 34.6. Lo que hace el artículo 27 es añadir a la Corte como foro al cual dirigir las quejas, además de la Comisión, que sería competente de forma automática, como brazo institucional del tratado original, para oír los casos sobre los complementos normativos de la Carta.

16 Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Tanganyika Law Society and Another; Mtikila vs. Tanzania*, Applications 9/2011, 11/2011 (acumulados), 14 de junio de 2013; de marzo de 2014; *Konaté vs. Burkina Faso*, Application 4/2013, 5 de diciembre de 2014.

17 Reglas 112(2) y 112(4) del Reglamento de Procedimiento de la Comisión de 2010.

18 Regla 118(1) del Reglamento de Procedimiento de la Comisión de 2010.

19 Sin embargo, la Comisión ha remitido casos de incumplimiento con las medidas provisionales a la Corte. Véanse las decisiones de la Corte en *African Commission vs. Libya*, Order of Provisional Measures, Application 4/2011, 25 de marzo de 2011; *African Commission vs. Kenya*, Order of Provisional Measures, Application 6/2012, 15 de marzo de 2013; *African Commission vs. Libya*, Order of Provisional Measures, Application 2/2013, 15 de marzo de 2013.

20 Véanse, por ejemplo, los artículos 11 y 14 de la Carta Africana de los Niños.

la discriminación.²¹ En efecto, para el Comité el derecho a la igualdad no solo conlleva la obligación de respetarlo, protegerlo y promoverlo, sino que exige también hacerlo efectivo.²² Los hallazgos del Comité en el caso *Children of Northern Uganda* no estuvieron relacionados con derechos socioeconómicos.²³ En su tercera conclusión, relativa a los talibés (niños que asisten a las escuelas coránicas y son obligados a mendigar) en Senegal,²⁴ el Comité concluyó que la no regulación efectiva de esas escuelas por parte del Estado violaba el derecho de los niños a la supervivencia, al desarrollo, y a la educación y la salud. Las medidas que tomaba en su “orden” remedial dirigidas al Estado estaban orientadas tanto a la no repetición (como la adopción de leyes y políticas que establecieran estándares mínimos y la integración de esas escuelas en el sistema de educación formal), como a adoptar medidas con claras consecuencias para su “realización efectiva”, como garantizar que los niños fueran “devueltos [...] a sus familias” y que se les proporcionara “una educación básica gratuita y obligatoria”.²⁵

Aun si existe claridad sobre cuáles son las tres instituciones que constituyen el corazón del sistema africano de derechos humanos, la mayor intervención de las instituciones judiciales que actúan en el ámbito de las Comunidades Económicas Regionales (CER), en asuntos relacionados con tales derechos, exige redefinir el alcance del concepto para incluir dichas instituciones. Es la debilidad del sistema regional, en su forma tradicional, la que ha inspirado el recurso individual a los tribunales subregionales. La comprensión más amplia del concepto “sistema regional de derechos humanos”, con el fin de entender los sistemas subregionales, es especialmente pertinente en relación con la Economic Community of West African States (Ecowas), puesto que el Tribunal de Ecowas tiene jurisdicción explícita para oír casos de derechos humanos conforme a la Carta Africana. En otras dos CER, la East

21 Communication 2/2009, *Institute for Human Rights and Development in Africa (Ihrda) and Open Society Justice Initiative (on behalf of Children of Nubian descent in Kenya) vs. Kenya*, 22 de marzo de 2011 (<http://www.acerwc.org/communications>).

22 *Ibid.*, párr. 58.

23 Communication 2/2009, *Hansungule and Others (on behalf of children in Northern Uganda) vs. Uganda*, decidido en la sesión ordinaria 21 del Comité (15-19 de abril de 2013) (el derecho a la educación y a la salud), donde se determinó que los artículos 11 y 14 de la Carta Africana de los Niños no se habían violado.

24 Communication 1/2012, *Centre for Human Rights and la Rencontre Africaine pour la Defence des Droits de l'Homme (Raddho) (on behalf of Senegalese Talibés) vs. Senegal*, 15 de abril de 2014.

25 *Ibid.*, párr. 82.

African Community (EAC) y la Southern African Development Community (SADC), los tribunales subregionales han decidido casos de derechos humanos, pero el fundamento legal de sus conclusiones son las normas de los tratados fundadores de la CER.²⁶ Si bien varias decisiones del Tribunal son relevantes para los derechos socioeconómicos,²⁷ ninguna de las decisiones del Tribunal de la CER está relacionada específicamente con los derechos socioeconómicos. En esas circunstancias, es justo afirmar que el sistema regional de derechos humanos hace la promesa explícita de que los derechos socioeconómicos serán reivindicados.

Cumplimiento de las órdenes socioeconómicas

El hecho de que este libro se concentre en el cumplimiento o “implementación” de las “sentencias socioeconómicas” lleva a preguntar cuál podría ser el punto de partida del análisis, y si alguna característica de la implementación de las sentencias sobre derechos socioeconómicos se opondría o diferiría de las sentencias sobre violación de los demás derechos, en particular, de los derechos civiles y políticos. No obstante, antes de responder a estas inquietudes, hay que ver cuáles son los derechos socioeconómicos según la Carta Africana, ya que muchas veces los derechos socioeconómicos son considerados evidentes por sí mismos, pero una inspección más cercana de las normas de la Carta permite cuestionar con razón esta idea. La mayoría de los comentaristas aceptarían que los derechos a la salud y la educación son derechos socioeconómicos. Pero, ¿qué pasa con las normas de la Carta que hablan del derecho al trabajo “en condiciones equitativas y satisfactorias” y del derecho a la propiedad o la protección de la familia?²⁸ Incluso si todas esas normas tienen una dimensión social y económica, implican diferentes obligaciones para el Estado. La mera mención del “trabajo” no implica una categorización significativa de ese derecho como socioeconómico. ¿Qué pasa con el derecho a un “entorno satisfactorio

26 Véanse: James Katabazi and Others *vs.* Secretary-General of the EAC and Attorney-General of Uganda, Reference 1 of 2007, East African Court of Justice, 1 de noviembre de 2007; (2007) AHRLR 119 (EAC 2007); y Mike Campbell (Pvt) Limited and Others *vs.* Republic of Zimbabwe (SADCT 2/07), SADC Tribunal, 28 de noviembre de 2008; (2008) AHRLR 199 (SADC 2008).

27 Véase: Registered Trustees of the Socio-Economic Rights & Accountability Project (Serap) *vs.* Nigeria (2009) AHRLR 331 (Ecowas 2009) (Serap 2009 case); y Ecowas Court, Serap *vs.* Nigeria, sentencia ECW/CCJ/JUD/18/12, 14 de diciembre de 2012 (http://www.courtecowas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2012/SERAP_V_FEDERAL_REPUBLIC_OF_NIGERIA.pdf) (Serap 2012 case).

28 Artículos 15, 14 y 18 de la Carta Africana, *supra*, n. 2.

general” y con qué fundamento se lo podría categorizar como derecho socioeconómico?

Con toda probabilidad, los defensores de usar lo socioeconómico como una categoría tienen en mente aquellos derechos que tradicionalmente se han asociado con la obligación de los Estados de promover y, en particular, de hacer efectivos los derechos, en lugar de simplemente respetarlos o protegerlos. Aunque sin duda es cierto que todos los derechos pueden imponer a los Estados los cuatro niveles de obligaciones, dependiendo de las circunstancias, también lo es que los derechos socioeconómicos han sido asociados más fuertemente con la obligación estatal de hacer que haya recursos disponibles para hacer efectivos los derechos, en otras palabras, la obligación de hacerlos efectivos. Sin embargo, como ilustran los casos estudiados a continuación, los derechos socioeconómicos también dan lugar a otras obligaciones.

La naturaleza estratificada de las órdenes de derechos socioeconómicos a menudo hace muy difícil, cuando se evalúa el cumplimiento o la implementación, separar las diversas partes que las constituyen. Es incorrecto referirse a una “sentencia” o una “orden” en un caso concreto como si impusiera una obligación específica (como la obligación de hacer efectivo un derecho) a un Estado demandado. Las conclusiones de la Comisión, las sentencias de los tribunales y las órdenes remediales posteriores no se ocupan de los derechos socioeconómicos en términos de “sí o no”. En lugar de eso, una recomendación sobre un remedio en una conclusión puede contener varias órdenes diferenciadas y distinguibles, con respecto tanto a los derechos socioeconómicos como a los derechos civiles, e imponer diferentes obligaciones a los Estados. Para ilustrar ese punto, piénsese en la conclusión de la Comisión que ha expresado con mayor claridad la obligación del Estado demandado de hacer efectivos los derechos: *Purohit and Another vs. The Gambia* (caso *Gambian Mental Health*),²⁹ en la que la Comisión recomienda —u “ordena”, si esa palabra se usa con generosidad— reemplazar la Ley de Detención de Lunáticos, que se nombre entre tanto un órgano de revisión para estudiar la situación de todos los detenidos y que el Gobierno proporcione “cuidados médicos y materiales apropiados para las personas que padezcan problemas de salud mental en el territorio de Gambia”.³⁰ La enmienda legislativa y la reconsideración de los casos de los detenidos nos muestran la naturaleza arbitraria de la detención

29 Communication 241/2001, *Purohit and Moore vs. The Gambia* (2003) AHRLR 96 (ACHPR 2003) (16th Annual Activity Report) (caso *Gambian Mental Health*).

30 *Ibid.*, párr. 85.

(un derecho civil y político) y podría considerarse que establecen una obligación para el Gobierno de respetar los derechos de las víctimas o, tal vez, de facilitarlos, que sería parte de la obligación de hacerlos efectivos. La obligación de proporcionar “cuidados médicos y materiales” inequívocamente remite a la obligación de hacer efectivos los derechos.

La distinción en el cumplimiento de los derechos entre civiles-políticos y socioeconómicos está implícita en el concepto de “sentencias socioeconómicas” y, por consiguiente, no parece tener relevancia. No hay nada especial en el cumplimiento de los derechos “socioeconómicos” en sí mismos. El derecho a la propiedad, que a veces se entiende como un derecho socioeconómico,³¹ suele dar lugar a la obligación de respetar tal derecho (por ejemplo, en los casos de desalojo). El derecho al trabajo en condiciones igualitarias impone a los Estados una clara obligación de protección. Como se explicará después con más detalle, el estudio de la implementación de las determinaciones de la Comisión Africana efectuado por Viljoen y Louw (2007) indica que la caracterización legal de un caso o sentencia como socioeconómico o civil-político tampoco es significativa por sí misma, a la hora de predecir el cumplimiento estatal. La razón debería ser obvia, a la luz del argumento presentado hasta ahora. En lugar de eso, en cuanto al derecho correspondiente, el cumplimiento o la implementación están relacionados con la naturaleza y el alcance de la obligación impuesta por un derecho, en un conjunto específico de circunstancias. En cualquier caso, el estudio ya mencionado reveló que los principales elementos predictivos del cumplimiento no están conectados con los derechos, sino que son la situación política predominante en el Estado demandado o en su naturaleza, así como la intervención de un movimiento social o la movilización de masas en torno al caso y a su implementación. Esta contribución indaga por el grado en que esos factores tienen también consecuencias en el cumplimiento de las órdenes socioeconómicas.

Los intentos por concentrarse en el cumplimiento de las órdenes socioeconómicas están, en mi opinión, dirigidos a servir como recordatorio de que los derechos son indivisibles y que deben cumplirse todas las sentencias relacionadas que contienen medidas judiciales para solucionar la situación. Este capítulo debería entenderse, por consiguiente, como enfocado no tanto al cumplimiento de las órdenes socioeconómicas, sino más bien a la inclusión de los derechos socioeconómicos dentro del discurso existente sobre cumplimiento e implementación. Concentrarse en especial en las órdenes socioeconómicas es, por lo tanto, un llamado a no descuidar las complejidades que surgen del

31 Véase, por ejemplo, Fons Coomans (2003).

cumplimiento de todos los derechos, incluidos aquellos respecto de los cuales ha habido históricamente cierta controversia, porque imponen a los Estados obligaciones de hacerlos efectivos, y no solo de respetarlos, protegerlos y promoverlos.

Factores indicativos del cumplimiento del Estado

Esta parte del capítulo se apoyó en un estudio sobre el cumplimiento estatal de las recomendaciones de la Comisión Africana, el cual proporciona cierto apoyo a la afirmación de que la categorización de casos conforme a sus características jurídicas no es decisiva para predecir tal cumplimiento. Con el fin de tratar el problema de falta de información sobre cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Africana por parte de los Estados, Louw (2005) llevó a cabo una investigación para su tesis doctoral en la que analizó los datos disponibles y revisó noticias de prensa y entrevistas con los autores de las comunicaciones, comisionados y representantes de los Estados, todo con el fin de evaluar cuál era el grado de cumplimiento. La autora limitó su estudio al periodo de 1987-2003 y encontró que había un “cumplimiento pleno” en solo seis casos, de un total de 44 decididos por razones de fondo en contra de los Estados parte, lo que representaba el 14 % de los casos finalizados. En 13 de los casos finalizados (30 %) hubo incumplimiento y en otros 14 (32 %) un cumplimiento parcial, mientras que en 7 casos (el 16 %) tuvo lugar cumplimiento “casual”. El cumplimiento pleno implica la implementación de todos los aspectos señalados en la medida judicial correspondiente; el incumplimiento denota que el Estado no ejecutó ninguna de las recomendaciones; el cumplimiento parcial indica que un Estado implementó algunos, pero no todos los elementos de la medida recomendada, y el cumplimiento casual se refiere a implementaciones que resultaron de cambios de circunstancias y no de la respuesta de un Gobierno a una orden, en otras palabras, alude a la implementación resultante de un cambio general de circunstancias, como podría ser un cambio de Gobierno.

A partir de estos datos, se llevó a cabo un estudio complementario para identificar los factores que más influyen el cumplimiento (Viljoen y Louw, 2007; Viljoen, 2010). Se formularon varias hipótesis y se comprobaron a partir de los datos. Esas hipótesis estaban relacionadas con lo siguiente: i) la forma en la que el órgano del tratado (la Comisión Africana) ejecuta su mandato, como, por ejemplo, la calidad de su razonamiento, la precisión de sus órdenes remediales y su participación en las actividades de seguimiento al cumplimiento; ii) la naturaleza del caso (comunicación), por ejemplo, si se ocupa de derechos

civiles y políticos o de derechos socioeconómicos; iii) el denunciante y su involucramiento en las actividades de seguimiento al cumplimiento; iv) el sistema de gobierno y la estabilidad política en el Estado demandado; v) la participación de sujetos de la sociedad civil (en particular, de ONG), por ejemplo, en la presentación o el seguimiento de una comunicación, y vi) la existencia de presión internacional. Las hipótesis formuladas como parte del estudio pueden dividirse entre aquellos casos que tratan factores jurídicos relativamente restringidos y las que remiten al contexto sociopolítico. Los dos primeros factores referidos, relativos a la Comisión y las comunicaciones, son de naturaleza predominantemente jurídica, mientras que los otros encajan de forma más apropiada en el contexto extrajurídico. Las hipótesis fueron comprobadas mediante la yuxtaposición de los 6 casos de cumplimiento pleno con los 13 casos de incumplimiento. Se evaluó la correlación entre las hipótesis y la categoría de casos y se estableció la significación estadística de esa correlación. La prueba exacta de Fisher se usó para determinar la significación estadística de cada uno de los factores como elemento para pronosticar el cumplimiento o el incumplimiento. Se consideró de significación estadística apreciable si la relación entre un factor y el cumplimiento o el incumplimiento era de un nivel de 10 % de significancia, es decir, cuando la probabilidad (p) es igual o menor que 0,1 (Viljoen y Louw, 2007).

Los factores que con mayor probabilidad influyen el cumplimiento, según nuestro estudio, eran no jurídicos. Las tres hipótesis con un mayor apoyo estadístico a partir de los datos fueron las siguientes:

- Un sistema de gobierno estable, abierto, libre y democrático favorece el cumplimiento.
- La participación de los sujetos no estatales, como las ONG, en los casos con seguimiento, hace más probable el cumplimiento.
- La participación de las ONG en la presentación de los casos aumenta la probabilidad de cumplimiento.

Si bien estos fueron los únicos factores que cumplieron con la prueba de significancia estadística (un valor p en torno al 0,1 o menor), el estudio reveló que el siguiente factor pronosticador del cumplimiento fue el nivel de las violaciones encontradas en el caso (con un valor p de 0,277). Los casos categorizados como de una o varias víctimas tendían a tener un mayor cumplimiento que los que se ocupaban de violaciones masivas, que involucraban a grupos mucho más grandes de demandantes (Viljoen y Louw, 2007, pp. 19-21). Es importante señalar que ninguno de los casos de pleno cumplimiento recogidos en el estudio está relacionado con violaciones categorizadas como masivas. Las conclusiones del estudio pueden resumirse en la tabla 1.

TABLA I
Factores y probabilidad

Factor	Probabilidad (p) (de máxima significancia cuando $p \leq 0,0,1$; de menor significancia cuando $p \leq 1$)
Tipo de gobierno (libre-no libre)	0,0029
Participación de las ONG en el seguimiento	0,0116
Participación de las ONG en el caso	0,1093
Nivel de la violación (individual o masiva)	0,2776
Participación de la Comisión Africana en el seguimiento	0,3498
Naturaleza de la obligación del Estado (respetar/hacer efectivo)	0,5439
Formulación de la medida (vaga/precisa)	0,7892
Razonamiento de la Comisión Africana (breve/sustantivo)	0,9999

Hay poco apoyo para defender las hipótesis estrictamente jurídicas. Se encontró, por ejemplo, que el nivel del razonamiento jurídico con respecto a una conclusión específica, o a la calidad de las decisiones, medidas con una clasificación de breve y sustantiva, no se correspondía con un mayor cumplimiento. La hipótesis de que las “es más probable que se implementen determinaciones bien razonadas” no encontró apoyo en los datos disponibles, al resultar en un valor p de más de 0,99 en la prueba de exactitud de Fisher (Viljoen y Louw, 2007). A partir de datos disponibles muy limitados, la premisa de que es más probable que se cumplan determinaciones relativas a violaciones de derechos civiles y políticos que a violaciones de derechos socioeconómicos tampoco pudo demostrarse (p. 18). En el mismo sentido, la obligación estatal impuesta por el derecho en cuestión tampoco demostró ser un factor pronosticador del cumplimiento. Sin embargo, habría que tener presente que el número de derechos socioeconómicos fue bastante limitado y que solo un caso de la muestra entraba en la categoría de imposición de una obligación predominante de “hacer efectivo el derecho”. La conclusión con respecto a la naturaleza de las obligaciones estatales no tuvo por consiguiente suficiente apoyo en los datos disponibles.

Debería señalarse que las dificultades metodológicas podrían restarles precisión y fiabilidad a algunas de las conclusiones del estudio. En lo referente al aspecto empírico del trabajo: la recogida de evidencia mediante una revisión documental y entrevistas, los siguientes factores entorpecen en cierto grado la investigación: dificultades de comunicación, reticencia de los funcionarios a conceder entrevistas, registros insuficientes o inaccesibles, imposibilidad de encontrar a las víctimas o a los autores de las comunidades, falta de calidad y discontinuidad de los funcionarios estatales que asisten a las sesiones de la Comisión, visiones divergentes sobre cumplimiento por parte de los involucrados en el proceso y falta de cobertura de los medios de comunicación. Así mismo, el número limitado de comunicaciones elaboradas por la Comisión y la baja cifra de casos usados no permitieron un análisis estadístico óptimo de los datos. Incluso cuando las circunstancias fácticas con respecto al cumplimiento podían establecerse con alguna precisión, todavía había que analizar los datos y categorizar el cumplimiento como pleno, parcial o casual. Un factor importante que complicó los intentos de categorizar el cumplimiento fue la falta de precisión en la formulación de las recomendaciones. Si no está claro qué es lo que se le exige hacer al Estado, es difícil saber si este hizo lo que se le requería en la práctica, es decir, si hubo cumplimiento o implementación. La única solución en tal situación es deducir órdenes remediales específicas de los hechos del caso y de la sentencia en su conjunto.

Aun cuando debería ser obvio, hay que repetir que, aunque la presencia de los factores identificados podría pronosticar el cumplimiento, esta no garantiza el cumplimiento o la “ejecución forzosa” efectiva.

Identificación de factores que indican la implementación por los Estados de las “órdenes regionales sobre derechos socioeconómicos”

A partir de los resultados sobre el cumplimiento estatal de las determinaciones de la Comisión Africana, aquí se identifican las diversas hipótesis que han demostrado tener una significación estadística como de relevancia potencial para el cumplimiento de las sentencias en materia socioeconómicas o las órdenes regionales. Aunque estas conclusiones se deducen casi exclusivamente del análisis de casos de derechos civiles y políticos, en los que se invoca la obligación del Estado de respetarlos, anticipamos que estos factores tendrían también influencia en el cumplimiento de las recomendaciones relativas a los derechos socioeconómicos. Por lo tanto, hemos reformulado y ajustado las hipótesis del estudio previo.

Además de estas hipótesis ajustadas, se formulan y postulan hipótesis adicionales, por considerarse que son de relevancia potencial, específicamente en el contexto de las obligaciones de los Estados con respecto a los derechos socioeconómicos. Para formularlas, el punto de partida fue que, cuando hubiera superposiciones y similitudes con las hipótesis del estudio previo, estas se reformularían y se comprobarían en este contexto. Sin embargo, también hay importantes diferencias, resultantes de factores propios de los derechos socioeconómicos, que se basan en su relevancia específica en el contexto de los derechos socioeconómicos y la clase de obligaciones que comúnmente se asocian con estos derechos.

Las conclusiones del estudio a las que ya nos hemos referido están relacionadas con las determinaciones de un órgano supranacional: la Comisión Africana. Puede preguntarse entonces en qué medida la implementación de las sentencias de los tribunales supranacionales de derechos humanos difiere de la implementación de las sentencias de los tribunales nacionales. En la medida en que los factores del estudio previo están relacionados con las recomendaciones de un órgano supranacional o internacional, pueden ser también relevantes con respecto a las sentencias de los tribunales nacionales. Aunque varias de las hipótesis siguientes están dirigidas específicamente a la esfera supranacional y, más específicamente, a la regional-continental, algunas otras deberían ser tan relevantes para la esfera supranacional como para la nacional. En cualquier caso, aunque todas las hipótesis se formularon en relación con la implementación de órdenes regionales, con frecuencia también son aplicables en la esfera nacional.

Estas hipótesis, como regla, no distinguen entre las recomendaciones casi judiciales de la Comisión Africana —y del Comité Africano de los Derechos del Niño—, por un lado, y las órdenes legalmente vinculantes de la Corte Africana de Derechos Humanos, por el otro. En lugar de eso, se usa la expresión simplificada “orden regional” para referirse a ambas. Sin embargo, una de las hipótesis específicas postula que es más probable que sean implementadas las órdenes (vinculantes) de la Corte que las recomendaciones (no vinculantes) de la Comisión y el Comité.

Las hipótesis se dividieron según fueran relativas a: i) el órgano del tratado o la Corte, ii) el marco jurídico nacional, iii) las víctimas, iv) el Estado, v) la participación de la sociedad civil y la comunidad, y vi) el marco jurídico internacional. Como es obvio, esta lista no pretende agotar todas las hipótesis.³²

32 Otras posibles categorías incluyen “hipótesis relacionadas con las organizaciones intergubernamentales (IGO, por su sigla en inglés)”, que valorarían las acciones y reacciones tomadas en el ámbito político con respecto a una orden específica en cada caso por separado. Esa línea de investigación parte de la

Hipótesis relacionadas con el órgano del tratado (Comisión Africana, Comité de los Derechos del Niño) o el tribunal (Corte Africana, Tribunales CER)

La claridad y la precisión de una orden sobre derechos socioeconómicos aumentan la probabilidad de cumplimiento. La justificación de esta afirmación es que una orden clara acelera y facilita el proceso de implementación nacional. Las órdenes dirigidas a los Estados que les recuerdan su obligación de hacer efectivos los derechos, en concreto, a menudo se formulan en términos abiertos, de manera que se deja algún margen a los Estados en su escogencia de medidas concretas. Esta hipótesis se aparta de la premisa de que las órdenes precisas y claras (por ejemplo, las que estipulan plazos) reducen el espacio de maniobra de los Estados y, por consiguiente, empoderan a la sociedad civil para que presionen ante los políticos a fin de conseguir medidas de implementación, además de mejorar la responsabilidad ante el público de los destinatarios de las órdenes.

Cuanto mayor sea la participación del órgano del tratado o de la Corte en el seguimiento de su determinación o decisión mayor será la probabilidad de cumplimiento de las órdenes sobre derechos socioeconómicos. Se supone, por ejemplo, que un requerimiento estructural —que conforme a sus términos hace que el órgano decisor permanezca involucrado en el seguimiento del cumplimiento— mejora la implementación mediante el impulso continuo del tratado por el órgano o el tribunal.

Es más probable que se cumpla una orden vinculante de la Corte Africana o de los tribunales CER que una recomendación de la Comisión Africana o del Comité. Esta hipótesis está basada en la percepción dominante, al menos entre los Estados miembros, de que las órdenes remediales aprobadas por la Comisión son de naturaleza parecida a una recomendación, mientras que una orden de la Corte goza de una naturaleza jurídica vinculante con claridad y sin ambigüedad. La importancia de factores como la naturaleza o la política dominante en el Estado demandando y la presencia de un movimiento social, en lugar de factores como el estatus legal de la determinación u orden, pueden actuar en contra de esta hipótesis. En cualquier caso, en el momento de la redacción, la

premisas de que, cuanto más decisiva sea la acción adoptada por la UA en apoyo del cumplimiento, mejores serán las probabilidades del mismo. La falta de acciones decisivas de la UA hasta ahora hace menos probable que esa hipótesis arroje resultados. Aunque el papel de la sociedad civil internacional se toca en una de las hipótesis del estudio, el de la movilización internacional (incluido el de los medios de comunicación) no se desarrolla plenamente aquí. A pesar de su importancia (véase, por ejemplo, Simmons, 2009), los datos disponibles no justifican la inclusión de ese factor aquí.

Corte Africana todavía no había decidido ningún caso relacionado con derechos socioeconómicos. Sin embargo, hay algunas decisiones y órdenes relevantes por parte del Tribunal de la Ecowas.

Es más probable que sean ejecutadas las órdenes de derechos socioeconómicos de tribunales subregionales que las órdenes de ámbito continental. Esta hipótesis parte de la premisa de que es más probable que haya presión política o económica sobre los Estados parte de los acuerdos regionales bien estructurados, debido a la relación de proximidad o a los “vínculos muy evidentes de reciprocidad” (Claude, 1984). Sin embargo, debido a la falta de jurisprudencia relevante de la Corte Africana de Derechos Humanos, esta hipótesis solo puede comprobarse yuxtaponiendo la actividad de los tribunales CER y, en particular, del Tribunal de la Ecowas con la de la Comisión Africana. Debido a problemas surgidos de la percepción de que la naturaleza de las determinaciones de la Comisión es no vinculante, podríamos estar ante una comparación injusta, pues sería más apropiado comparar el cumplimiento de las decisiones vinculantes del Tribunal de la Ecowas con las de la Corte Africana.

Hipótesis relacionadas con el marco jurídico nacional

*La probabilidad del cumplimiento mejora si los derechos socioeconómicos están incluidos como garantías judicialmente exigibles en la Constitución de un país.*³³ Este factor está relacionado con el vínculo entre los regímenes jurídicos regionales y nacionales. Parte de la premisa de que las comunicaciones sobre derechos socioeconómicos serían consideradas por la Comisión o la Corte si no hay remedio jurídico nacional disponible, es decir, si estos derechos no son exigibles ante los tribunales en ese sistema jurídico. Y ya se trate de las Directrices sobre Política Estatal o de ejemplos de sentencias de relevancia para los derechos socioeconómicos basadas en derechos civiles y políticos, estos no constituyen una aceptación inequívoca de esas obligaciones. Incluso si fuera posible para la Comisión o la Corte no exigir el requisito de agotar los recursos legales nacionales, la hipótesis postula que, si ellas deciden en un caso de esa clase, la implementación de una determinación definitiva puede ser problemática, debido a la ausencia de derechos socioeconómicos explícitos, que se entiende que imponen obligaciones de hacer efectivos los derechos al Estado en el sistema nacional.

33 Otra hipótesis posible, a saber: que la probabilidad de cumplimiento exitoso de una orden regional para hacer efectivo un derecho aumenta, si existe legislación nacional u otro mecanismo interno que permita el cumplimiento nacional de decisiones internacionales, no se desarrolla aquí, debido a la ausencia general de esos mecanismos en África.

El cumplimiento de una orden sobre derechos socioeconómicos es más probable en un Estado que sigue la tradición jurídica monista. Aunque hay indicaciones de que la división teórica entre Estados monistas y dualistas pierde relevancia en la práctica, en la teoría constitucional sigue leyéndose que, si un Estado sigue la tradición jurídica monista, por la que el derecho internacional entra de manera automática a formar parte del marco jurídico de un país, es más probable que haga cumplir las órdenes de derechos socioeconómicos aprobadas por órganos o tribunales regionales. Sin embargo, las perspectivas de implementación en un Estado dualista, en el que la nacionalización efectiva de los tratados sea la norma, serían en gran parte las mismas que las que existen en un Estado monista.

Hipótesis relacionadas con las víctimas

Es más probable que sean ejecutadas las órdenes sobre derechos socioeconómicos presentadas en nombre de una sola persona o un grupo pequeño de personas que en nombre de colectivos (gente) o grupos formados por un número grande personas. Esta hipótesis parte de la conclusión del estudio previo de que la probabilidad del cumplimiento estatal de las decisiones de la Comisión Africana era mayor en los casos de una única víctima o pocas víctimas que cuando se trataba de grupos grandes. Ello tiene especial relevancia en el contexto de la Carta Africana, que reconoce derechos colectivos, como el derecho al desarrollo de los pueblos. La naturaleza colectiva de estos derechos de la Carta hace que la consideración de acciones populares sea casi inevitable.

Hipótesis relacionadas con el Estado³⁴

Es más probable que los Estados cumplan las órdenes sobre derechos socioeconómicos relacionadas con una acción procesal iniciada bajo un Gobierno distinto al que en ese momento está en el poder que las que se presentan durante el mandato de un mismo Gobierno. En el estudio analizado, la transición de un sistema no democrático o represivo de gobierno a otro democrático, que hemos llamado “cumplimiento casual”, fue

34 Otras hipótesis relacionadas con el Estado, no desarrolladas aquí, pueden concentrarse en los recursos y postular, por ejemplo: que es más probable que un Estado cumpla una orden de hacer efectivo un derecho si tiene los recursos disponibles, desde el punto de vista presupuestal; que los Estados que adoptan presupuestos de una forma abierta, transparente y participativa tienen mayor probabilidad de cumplir las órdenes de hacer efectivo un derecho; y que una orden que se ajusta a las políticas y prioridades presupuestales del Estado tiene mayor probabilidad de ejecutarse que otra que choca con ellas. También se puede investigar si es más probable que los países que dependen de ayuda internacional cumplan las órdenes de hacer efectivos los derechos.

identificada como factor que eleva significativamente la probabilidad de cumplimiento. Un Gobierno recién conformado puede encontrar oportuno, desde el punto de vista político, distanciarse del régimen anterior y presentarse como el portador de la promesa de empezar de cero. Sacar a la luz los males cometidos bajo la guardia del régimen anterior y reforzar las órdenes regionales relacionadas con esos “males” puede ser una forma de hacerlo. Si bien la doctrina de la “continuidad de la responsabilidad estatal” apoyaría esta hipótesis, la carga que el cumplimiento de esas obligaciones puede ocasionar podría jugar en contra de ese principio. Un gobierno transicional o inmerso en un trauma colectivo puede considerar inconveniente para sus intereses dedicar importantes recursos estatales a solucionar la conducta ilegal del régimen anterior. Aunque el momento en el que se presentan las causas del agravio parece ser el elemento temporal más relevante, el tiempo en el que se presentó la acción procesal o se toma la decisión puede ser también relevante. Por ejemplo, el régimen actual podría determinar que es beneficioso políticamente hacer cumplir una orden contenida en una decisión con respecto a la cual el régimen previo adoptó una posición negativa, que el Gobierno actual había criticado abiertamente antes.

Es más probable que Estados abiertos, democráticos y comprometidos con el Estado de derecho cumplan con las órdenes sobre derechos socioeconómicos de los órganos regionales. Esta hipótesis tuvo relevancia en el estudio previo. Como indicadores de lo que debería ser un Estado abierto y democrático, habría que subrayar el peso de la situación de facto, más que lo que digan las normas jurídicas. Varias instituciones proporcionan análisis cuantitativos por país, que serían de utilidad aquí: i) ¿Freedom House califica el país como libre, en parte libre o no libre?;³⁵ ii) ¿cuál es la puntuación en el índice de Estado de derecho de World Justice Project?;³⁶ iii) ¿cuál es la puntuación en el Ibrahim Index of African Governance (IIAG)?;³⁷ iv) ¿cuál es la puntuación del país en la categoría “Estado de derecho” en los indicadores de gobernanza del Banco Mundial o Worldwide Governance Indicators (WGI)?³⁸ Esta hipótesis se ajustó con respecto al estudio previo. Aunque ese estudio trataba sobre

35 Véase Freedom House. *Freedom in the World 2013. Democratic Breakthroughs in the Balance* (<http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2013>).

36 Véase World Justice Project (WJP) Rule of Law Index (<http://worldjustice-project.org/rule-of-law-index>).

37 Véase Mo Ibrahim Foundation (<http://www.moibrahimfoundation.org/downloads/2012-IIAG-summary-report.pdf>).

38 Véase World Bank: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp>.

todo de la obligación del Estado de respetar los derechos, la suposición es que el factor sería relevante para todas las obligaciones estatales, incluida la de hacer efectivos los derechos.

Hipótesis relacionadas con la sociedad civil o la participación de la comunidad³⁹

La participación de agentes no estatales, como las organizaciones de la sociedad civil y de la comunidad, en el seguimiento del cumplimiento de las decisiones para influenciar a los Estados hace más probable el cumplimiento. Este factor fue uno de los más importantes para explicar el cumplimiento de los Estados con base en las determinaciones de la Comisión, en general. La experiencia, en la esfera nacional, en países como Sudáfrica, indicaría que ese factor es igual de relevante para predecir el cumplimiento de las órdenes que imponen a los Estados la obligación clara de hacer efectivos los derechos.

Es probable que la participación y la movilización de la sociedad civil transnacional o de los movimientos sociales transnacionales (subregionales, regionales o globales) en torno al caso y su implementación mejoren las perspectivas de cumplimiento. Esta hipótesis es un complemento de la relacionada con la sociedad civil nacional, que ya hemos mencionado, contextualizada en la comunidad internacional.

Hipótesis relacionadas con el contexto jurídico internacional

Es más probable que un Estado que ha ratificado plenamente los instrumentos globales relevantes de derechos humanos (ONU) cumpla con las órdenes sobre derechos socioeconómicos. Al considerar la adhesión a los estándares relevantes de derechos humanos pueden hacerse las siguientes preguntas, relacionadas con los estándares en derechos socioeconómicos de la ONU: i) ¿el Estado ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc)? ii) ¿el Estado aceptó el Protocolo Facultativo del Pidesc? Sin embargo, las respuestas a estas dos preguntas tal vez no nos den muchas claves aplicables al contexto

39 Es evidente que los medios de comunicación tienen un importante papel en el proceso de mejora de las perspectivas de implementación. Una hipótesis conexa sería que, cuanto mayor sea la atención de los medios de comunicación al debate del caso, a la decisión y a la necesidad o a la resistencia a la implementación, mayor es la probabilidad de cumplimiento interno. Esta no se explora aquí, sino que se deja a quienes tienen el conocimiento especializado y la capacidad de investigación relevante para hacer estudios culturales y de los medios de comunicación.

africano, puesto que la mayoría de los Estados son parte del Pidesc⁴⁰ y solo dos lo son del Protocolo Facultativo.⁴¹ La ratificación del Protocolo Facultativo del Pidesc debería verse en el contexto africano con cierta prudencia, porque todos los Estados miembros de la UA han aceptado ya la jurisdicción de la Corte Africana sobre algunos derechos socioeconómicos. A esto debería añadirse la jurisdicción del Tribunal de la Economic Community of West African States, donde las partes agraviadas ya pueden presentar sus casos, aun sin haber agotado los recursos nacionales. Cabe preguntarse cuál sería el valor añadido de ratificar el Protocolo, y un cínico podría argumentar que esto crearía una ruta menos invasiva que podría alejar las denuncias de los tribunales regionales y subregionales. Habría otras preguntas, más relevantes, con respecto a los estándares globales (ONU) de derechos humanos: i) con cuánta frecuencia un Estado envía informes en el marco del Pidesc y ii) si un Estado ha aceptado o no (otros) mecanismos de denuncia y procedimientos de investigación opcionales de la ONU.⁴² Si este factor se acepta, es posible correlacionar la implementación de las sentencias que establecen obligaciones de hacer efectivos los derechos, por un lado, con la adhesión a la obligación central del Pidesc de entregar informes periódicos y la aceptación de los mecanismos globales de denuncia e investigación, por el otro.

Es más probable que un Estado que suscribe plenamente el sistema regional africano cumpla con las órdenes regionales sobre derechos socioeconómicos.

40 Las excepciones son: Botsuana, Comoras, Mozambique, Santo Tomé y Príncipe y Sudán del Sur.

41 Para agosto de 2015, de los 21 Estados parte, 3 eran africanos: Cabo Verde, Gabón y Níger.

42 Como: el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (OP-ICCPR), G.A. res. 2200A (XXI), 21 UN/GAOR Supp. (n. 16), p. 59, UN/Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 302, entrado en vigor el 23 de marzo de 1976; el artículo 14 de la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial (Icercd), G.A. res. 2106 (XX), Annex, 20 UN/GAOR Supp. (n. 14) at 47, UN/Doc. A/6014 (1966), 660 U.N.T.S. 195, entrado en vigor el 4 de enero de 1969; el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), G.A. res. 39/46 [anexo 39 UN/GAOR Supp. (n. 51), p. 197, UN/Doc. A/39/51 (1984)], entrada en vigor el 26 de junio de 1987; el Protocolo Facultativo sobre la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (OP-Cedaw), G.A. res. 54/4, annex, 54 UN/GAOR Supp. (n. 49) at 5, UN/Doc. A/54/49 (Vol. I) (2000), entrado en vigor el 22 de diciembre de 2000; el Primer Protocolo Facultativo a la Convención Internacional sobre la Protección y Promoción de los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (OP-CRPD), G.A. Res. 61/106, Annex II, UN/GAOR, 61st Sess., Supp. n. 49, at 80, UN/Doc. A/61/49 (2006), entrado en vigor el 3 de mayo de 2008; el artículo 31 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/Rev.4 (2005), que fue adoptada, pero que no está en vigor.

Esta hipótesis se basa en la opinión de que, aun si los Estados están preocupados por el respeto de los derechos humanos y aceptan obligaciones internacionales, porque esperan cumplir con ellas, las órdenes remediales tienen un “valor añadido” como fuente de legitimidad externa y como “punto focal nacional” (Hillebrecht, 2014, p. 34). En la medida en que todos los Estados se han convertido en Estados parte de la Carta, para proporcionar una perspectiva comparativa de los indicadores relativos a “suscribir plenamente el sistema regional africano de derechos humanos” hay que remitirse a otros tratados o instituciones de derechos humanos distintos a la Carta o la Comisión, lo que plantea las siguientes preguntas como base de los indicadores: i) ¿ratificó el Estado los tres tratados centrales de derechos humanos de la UA (Carta Africana, Carta de los Niños Africanos, Protocolo de las Mujeres Africanas?); ii) ¿el Estado ratificó el Protocolo de la Corte?; iii) ¿hizo una declaración conforme al artículo 34(6) del Protocolo de la Corte?; iv) ¿el Estado está obligado a un examen conforme al mecanismo de pares (African Peer Review Mechanism) y se sometió a él? Aunque tales preguntas, en apariencia, carecerían de relevancia inmediata para la cuestión del cumplimiento de las órdenes, subrayan la interacción *potencial* entre los diversos tratados, los procedimientos de supervisión de los tratados y otros mecanismos de revisión. La multiplicidad de estas instituciones está convirtiéndose cada vez más en parte real de la vida y el cumplimiento de sus recomendaciones debe considerarse como incluido en niveles de obligaciones que potencialmente se duplican y se refuerzan mutuamente.

Casos seleccionados: la situación de la implementación

Con las hipótesis explicadas en las páginas anteriores, este artículo estudia el cumplimiento de cuatro comunicaciones en las que la Comisión Africana se ocupó sobre todo de derechos socioeconómicos. Las cuatro decisiones seleccionadas son casos en los que la Comisión hizo determinaciones que suelen considerarse propias de los derechos socioeconómicos y que también implican, aunque en distinto grado, una obligación en lo que respecta a la orden remedial dirigida a los Estados demandados para que promuevan o hagan efectivos estos derechos.⁴³

43 Estas no son las únicas decisiones en las que la Comisión ha encontrado violaciones de los derechos socioeconómicos. Hay otros dos casos destacados: *Malawi African Association and Others vs. Mauritania* (2000) AHRLR 149 (ACHPR 2000) (13th Annual Activity Report) (caso Mauritanian Widows) y *Free Legal Assistance Group and Others vs. Zaire* (2000) AHRLR 74 (ACHPR 1995) (9th Annual Activity Report) (caso Zairian Mass Violations) (véase, por

En esta parte se evalúa la situación en la que se encuentra su implementación, a partir de los informes de varias entidades y, en algunos casos, de entrevistas.

El caso Ogoniland

El primero y más celebrado de estos casos es el de Ogoniland, en el que la Comisión se ocupó de una comunicación colectiva, presentada en nombre del pueblo ogoni de la región del delta del Níger, en Nigeria, en 1996.⁴⁴ Este caso fue presentado contra Nigeria debido sobre todo al daño causado por la Nigerian National Petroleum Company (NNPC), una empresa de propiedad estatal, de la que Shell Petroleum es accionista minoritario. La exploración de petróleo y la quema de gases controlada efectuada por NNPC en el área tuvieron efectos destructivos en el pueblo ogoni, lo que hizo que la Comisión declarara que se habían violado los derechos a la salud y a un ambiente limpio de los ogoni. Los actos de resistencia del pueblo ogoni y la formación del Movement for the Survival of the Ogoni People (Mosop), llevaron a la represión de los ogoni por el Gobierno, que cometió asesinatos indiscriminados y destruyó sus casas y sus cosechas. Las violaciones encontradas por la Comisión incluyen el derecho a la propiedad, la salud, un medioambiente satisfactorio y el derecho de los pueblos a disponer libremente de su riqueza y sus recursos naturales.

En una recomendación sobre medidas remediales, sin precedentes y con un grado de detalle inusual,⁴⁵ aprobada en octubre de 2001, la Comisión dio cinco órdenes diferenciadas. La primera era un llamado al Gobierno para “detener todos los ataques a las comunidades ogoni y permitir a los ciudadanos y los investigadores independientes acceso libre al territorio”. La segunda era “llevar a cabo una investigación sobre las violaciones de derechos humanos” y perseguir a las

ejemplo, Chirwa, 2008, p. 331). A pesar de que, en el primer caso, la Comisión determinó que el Estado había violado el derecho a la salud, al no haber proporcionado alimentos adecuados, mantas ni condiciones higiénicas a los prisioneros (párr. 122), y aunque el mismo derecho fue violado en el segundo caso, debido a la “falla del Estado a la hora de proporcionar los servicios básicos como agua potable y electricidad, y debido a la falta de medicamentos” (párr. 46), en ninguno de los dos la Comisión propuso medidas remediales con respecto a ese derecho o a cualquier otro derecho socioeconómico.

44 Communication 155/1996, Social and Economic Rights Action Centre (Serac) and Center for Economic and Social Rights (CESR) vs. Nigeria (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001) (15th Annual Activity Report).

45 Hasta ese momento, la Comisión había adoptado en gran medida recomendaciones breves y abiertas, por ejemplo, pidiéndole al Gobierno “tomar los pasos necesarios para ajustar sus leyes a lo dispuesto a la Carta”. Media Rights Agenda and Others vs. Nigeria (2000) AHRLR 200 (ACHPR 1998), párr. 93.

personas responsables. De acuerdo con la tercera, el Estado debía proporcionar “ayuda y asistencia para la reubicación de las víctimas de los ataques apoyados por el Gobierno y emprender una limpieza integral de las tierras y ríos dañados por las operaciones petrolíferas”. Según la cuarta, el Gobierno nigeriano tenía que garantizar que “se preparaban evaluaciones de impacto social y ambiental para las actividades petrolíferas futuras” y que se crearían órganos de supervisión efectivos e independientes para la industria del petróleo. La última orden obligaba al Gobierno a proporcionar “información sobre los riesgos para la salud y medioambientales y un acceso significativo a los órganos de regulación y decisión de las comunidades que probablemente serían afectadas por las actividades petrolíferas”. Aunque estas recomendaciones están formuladas principalmente como requisitos de conducta (por ejemplo, llevar a cabo investigaciones, preparar evaluaciones de impacto y crear órganos de regulación), en ellas está implícita en cierta medida una obligación de resultado, cuando se habla de prestar ayuda, de llevar a cabo una limpieza integral y de que los órganos de supervisión sean efectivos. Lo que no aparece de forma explícita en el caso Ogoniland es la realidad del estado del delta del Níger, en general, y del área de Ogoniland, en particular, que han sufrido desde hace mucho tiempo un grave subdesarrollo y altos niveles de pobreza, en especial si se compara la región con otras de Nigeria. Durante muchos años los habitantes de esas zonas no se han beneficiado de los ricos recursos petroleros del delta del Níger.

Es importante señalar que el caso Ogoniland fue presentado durante la dictadura del general Sani Abacha y que trata de acontecimientos ocurridos y una situación predominante durante su mandato, que duró de 1993 a 1998. Después de 1998, el nuevo Gobierno civil del presidente Obasanjo puso en marcha un proceso de reforma institucional que respondió indirectamente a las recomendaciones dictadas por la Comisión como medidas necesarias, procesos que continuaron luego bajo las presidencias de Yar’Adua (2007-2010) y Goodluck Jonathan (2010-2015). Este es un ejemplo de cómo el cambio de Gobierno puede impulsar cambios de política pública. En ese contexto, no sorprende que se adopten medidas para corregir la situación imperante, incluso con respecto a un caso pendiente, como reconocimiento de la acción inapropiada del régimen anterior. La acción remedial adoptada por el Gobierno en esas circunstancias anticipó la decisión de la Comisión y las recomendaciones formales, que solo fueron oficialmente adoptadas en octubre de 2001. Un año antes, en octubre de 2000, el nuevo Gobierno nigeriano, como parte de sus argumentos de fondo, presentó una comunicación verbal a la Comisión en la que admitió el grueso de la

denuncia y describió las medidas remediales que estaba tomando la nueva administración.⁴⁶

En su respuesta, el Gobierno subrayó el establecimiento de varias instituciones que estarían en posición de garantizar que la situación en la zona afectada se rectificaría. La primera institución es el Ministerio Federal del Medioambiente; la segunda es una comisión para proteger el delta: la Niger Delta Development Commission (NDDC), y la tercera, una comisión judicial de investigación para averiguar sobre violaciones de derechos humanos, de naturaleza más *ad hoc* (Ohaeri, 2012). En sus conclusiones finales, la Comisión insta al Gobierno a mantenerlo informado del resultado del trabajo de estas instituciones; sin embargo, no hay señales de que esto último se haya cumplido.

Tales instituciones se orientan a atender muchas preocupaciones surgidas del caso Ogoniland, aunque no hayan recibido explícitamente el mandato de hacerlo. En 2000, el presidente Obasanjo creó la NDDC como un organismo administrativo federal para desarrollar el delta del Níger con el fin de garantizar una mayor autonomía del pueblo ogoni sobre los recursos de la región en la que viven. Los objetivos de la NDDC están dirigidos en parte a cumplir algunas de las medidas recomendadas por la Comisión.⁴⁷ Sin embargo, si bien las recomendaciones de la Comisión están formuladas como requerimientos al Gobierno para que garantice que se entregan las indemnizaciones y asistencia, que se realicen los trabajos de limpieza y que se hagan las evaluaciones de impacto, la respuesta ha sido crear estas tres instituciones y otras capaces de hacer lo que se necesita, sin que ello signifique que las medidas requeridas o deseadas, como tales, se hayan adoptado. En este periodo, el Gobierno federal también adoptó unas directrices y estándares medioambientales para la industria del petróleo: las Environmental Guidelines and Standards for the Petroleum Industry, de 2002, y estableció un organismo administrativo de supervisión: la Environmental Standards and Regulation Enforcement Agency.⁴⁸

46 Reportado en las conclusiones de la Comisión en el caso Ogoniland, párr. 30.

47 El NDDC busca "evaluar e informar sobre los proyectos que sean financiados o llevados a cabo en la región por las empresas petroleras o gasíferas y por otras clases de empresas, incluyendo organizaciones no gubernamentales, y también garantizar que los fondos entregados para esos proyectos se utilizan apropiadamente" y "abordar los problemas ecológicos y ambientales que surjan de la exploración del petróleo en la región del delta del Níger y asesorar al Gobierno Federal y los estados miembros sobre la prevención y el control de los derrames de petróleo, las quemadas controladas de gas y la contaminación ambiental" (<http://www.nddc.gov.ng/about%20us.html>).

48 Mediante una ley que creaba un organismo con competencias en medioambiente, la Environmental Standards and Regulation Enforcement Agency (Establishment) Act 2006.

Más tarde, en 2008, unos siete años después de las determinaciones de la Comisión, y en la presidencia de Yar'Adua, el marco institucional se reforzó más, al crearse el Ministerio para el Delta del Níger, con lo que la NDDC pasó a depender de ese Ministerio. El nuevo Ministerio pone en su agenda el desarrollo del área del delta del Níger, lo mismo que el empoderamiento de la juventud, a la que también debe atender ahora un ministro de Estado. Igualmente, se creó la National Oil Spill Detection and Response Agency (Nosdra), organismo de vigilancia de los derrames de petróleo.⁴⁹ Aunque sería difícil vincular causalmente el establecimiento de estas instituciones con la presentación del caso Ogoniland o las determinaciones del tribunal, sí podrían verse como producto de esas preocupaciones y como un intento de mejorar la vida de la población del delta. Se ha invertido mucho también en el desarrollo de la juventud y se asignaron fondos suficientes al Ministerio del Delta del Níger.

Varios informes independientes aclaran la implementación de las recomendaciones en Ogoniland. En 2009, Amnistía Internacional publicó su informe "Nigeria: Petroleum, Pollution and Poverty in the Niger Delta",⁵⁰ que revela la ausencia de medidas efectivas frente a la decisión Ogoniland y pide la implementación de las recomendaciones de la Comisión Africana.⁵¹ En 2011, se publicó el informe de iniciativa gubernamental The Environmental Assessment of Ogoniland⁵², en el marco del Programa de las Naciones Unidas para el Medioambiente (Ohaeri, 2012). Este informe subraya que la contaminación y degradación causadas por el petróleo en el delta del Níger comenzaron ya en la década de los cincuenta. Aunque la exploración petrolífera cesó en 1993, sus consecuencias siguen estando presentes en multitud de formas. Las conclusiones inquietantes de este informe contradicen toda pretensión de que el Gobierno nigeriano hubiera respondido adecuadamente a los daños causados a los ogoni y cumplido las recomendaciones del caso Ogoniland, al menos en lo que se refiere a los resultados. El hecho de que no haya ninguna referencia al caso Ogoniland subraya la forma en que se tratan estos temas en Nigeria y también indica cómo los discursos de derechos humanos y medioambientales se han desarrolla-

49 Mediante una ley que creaba un organismo con competencias en materia de control de la industria petrolífera, la National Oil Spill Detection and Response Agency (Establishment) Act 2006.

50 Véase Amnesty International (<http://www.amnesty.eu/static/documents/2009/Nigeria0609Report.pdf>).

51 *Supra* n. p. 82.

52 Véase United Nations Environment Programme (http://postconflict.unep.ch/publications/OEA/UNEP_OEA.pdf).

do y coexisten aislados. Ese informe recomienda el establecimiento de una nueva serie de instituciones, como la Environmental Restoration Authority, para supervisar la implementación de las recomendaciones del estudio, y un fondo para el medioambiente: el Environmental Restoration Fund, con un capital inicial de US\$1.000 millones de dólares. Entregado al presidente en 2012, su implementación todavía está pendiente.

Un caso sobre hechos que en gran parte se superponen con el que venimos estudiando y que fue decidido por el Tribunal del Ecowas indica también la implementación limitada de la decisión Ogoniland. El caso Socioeconomic Rights and Accountability Project (Serap) *vs.* Nigeria⁵³ se presentó unos ocho años después de que la Comisión dictara la decisión Ogoniland y se decidió el 14 de diciembre de 2012. Puesto que el Tribunal del Ecowas tiene como mandato explícito decidir casos de derechos humanos basados, en parte, en violaciones presuntas de la Carta Africana, la decisión Serap es en gran medida una reconsideración del caso Ogoniland. De hecho, el demandante fundamentó su acción explícitamente en las determinaciones de la Comisión Africana en este caso, en especial en lo relativo a una posible violación del derecho a la alimentación.⁵⁴ Sin embargo, el Tribunal del Ecowas en su decisión se separó de la principal pretensión del demandante, basada en las violaciones potenciales del derecho a un estándar de vida apropiado y al desarrollo sostenible, y no recurrió de forma explícita a la jurisprudencia de la Comisión Africana. En lugar de eso, determinó que solo se han violado los artículos 1 (obligación de hacer efectivos los derechos de la Carta) y 24 (derecho a un medioambiente general satisfactorio) de la Carta. Respecto de la violación del artículo 1, se basó en que, a pesar de la adopción de leyes, la creación de organismos administrativos y “la asignación a la región [del] 13 % de los recursos allí producidos”, el Gobierno no satisfizo sus obligaciones de diligencia debida, puesto que no garantizó “medidas concretas y adicionales para prevenir daños y garantizar la responsabilidad ante el público”.⁵⁵ Sobre la violación del artículo 24, se atendió a “la degradación medioambiental continuada de la región”.⁵⁶ En su orden remedial, la Corte se concentró en la necesidad de adoptar medidas efectivas para restaurar y prevenir los daños al medioambiente y hacer responsables a los autores.⁵⁷ Hay algunas

53 Caso Serap, 2012.

54 *Ibid.*, párr. 64.

55 *Ibid.*, párr. 105.

56 *Ibid.*, párr. 104.

57 *Ibid.*, párr. 121.

pruebas de la intervención continuada de la Comisión Africana en la implementación de esta decisión. En sus Observaciones Finales, aprobadas tras el examen periódico estatal de Nigeria, en 2008, expresó su preocupación por que, “a pesar de las decisiones de las instituciones regionales y nacionales sobre las actividades de las empresas transnacionales que operan en el delta del Níger”, hay poca evidencia de que haya habido cambios en sus actuaciones con respecto al derecho a la alimentación, el alojamiento y el medioambiente de la gente de esa región; “por consiguiente, eso indicaría la ausencia de un mecanismo de supervisión efectiva por parte del Gobierno”.⁵⁸ La Comisión recomendó el establecimiento de un “mecanismo de supervisión efectivo para la implementación de las decisiones de los órganos regionales y nacionales sobre violaciones de los derechos en el delta del Níger”.⁵⁹ En la evaluación de sus actividades, con ocasión de la celebración de los 25 años de su constitución, la Comisión señaló la creación por parte del Gobierno nigeriano, “en cumplimiento de la decisión de la Comisión en el caso *Serac vs. Nigeria*”, del Ministerio Federal del Medioambiente y de la Cooperación del Delta del Níger como ejemplos de “la buena disposición por parte de los Estados Miembros a cooperar con la Comisión”.⁶⁰

Incluso aunque la Comisión reconoció la buena disposición del Gobierno para cooperar, difícilmente puede afirmarse que se hayan cumplido totalmente las determinaciones del caso Ogoniland. Sin embargo, el impulso de esta decisión llevó principalmente a: estructurar el problema *también* como un problema de derechos humanos; legitimar y llamar la atención, durante un periodo de dictadura represiva e inmovilista, sobre la lucha del pueblo ogoni mediante la presentación de este caso al principal órgano supranacional de derechos humanos; movilizar al pueblo ogoni, a otros nigerianos y a grupos e individuos afectados por estos problemas en todo el mundo, y construir una jurisprudencia nacional sobre derechos socioeconómicos (Morka, 2011; Ohaeri, 2012). También dio inicio a una serie de demandas⁶¹ que hicie-

58 Concluding Observations and Recommendations on the Third Periodic Report of the Federal Republic of Nigeria, 10-24 de noviembre de 2008, párr. 25.

59 *Ibid.*, párr. 40.

60 Combined 32nd and 33rd Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 21-25 de enero de 2013, Au Doc EX.CL/782(XXII) Rev.2, párr. 27.

61 Además del caso *Ecowas*, el Tribunal Superior de Nigeria decidió también el caso *Gbemre vs. Shell Petroleum Development Company and Others* (Suit FHC/B/CS/53/05, Benin City, 14 de noviembre de 2005) (caso Gas Flaring), en el que prohibió a la Shell y a la Nigerian National Petroleum Company quemar gases de los pozos en esa comunidad específica y le ordenó al procurador

ron que se destacara en el panorama político nacional el problema de los efectos medioambientales de la industria petrolera y, en concreto, el papel del Gobierno en la respuesta, la investigación y la regulación efectivas y rápidas del problema.

Caso Gambian Mental Health

La segunda comunicación: Purohit *vs.* Gambia (caso Gambian Mental Health),⁶² fue presentada en 2001 por dos abogados no gambianos, activistas en temas de salud, en nombre de un grupo anónimo de personas que habían sido condenadas conforme a la legislación vigente en esa época a reclusión médica por tiempo indefinido. En su decisión de 2003, la Comisión encontró violaciones de los derechos de los detenidos a un juicio justo, de su derecho a la igualdad y de su derecho a la libertad y la seguridad. Debido a un tratamiento inadecuado, que incluía recursos insuficientes y la falta de suministro de programas terapéuticos, la Comisión determinó también que había sido violado su derecho a la salud. Recomendó que el Gobierno gambiano derogara la ley de detención de dementes, la Lunatics Detention Act, aprobada en 1917 y revisada por última vez en 1964, y la reemplazara, “tan pronto como fuera posible”, con legislación acorde con la Carta y otras normas de derecho internacional relevantes. En el entretanto, se le solicitó al Estado “crear un órgano experto para revisar los casos de todas las personas detenidas conforme a esa Ley y hacer las recomendaciones adecuadas para su tratamiento o liberación”. Por último, en una recomendación relacionada tanto con la conducta como con el resultado, le exigió al Gobierno “proporcionar cuidados médicos y materiales apropiados a las personas que padecen problemas de salud mental en el territorio de Gambia”.⁶³ La Comisión también exigió que el Estado le informara de las medidas adoptadas para cumplir con sus recomendaciones en su próximo informe periódico a la Comisión.

En materia de implementación, el caso Gambian Mental Health proporciona poca información sobre el cumplimiento del Estado, pero las dificultades encontradas durante la investigación brindan algunas perspectivas útiles en cuanto a las deficiencias metodológicas y

de la Nación iniciar cambios legislativos a la ley de gas, la Associated Gas Regulation Act. Aunque el demandante y la Corte hacen numerosas referencias a la Carta Africana, no se hace ninguna mención de la decisión de la Comisión Africana en Ogoniland.

62 *Supra* n. 26.

63 *Ibid.*, párr. 68.

prácticas de llevar a cabo investigaciones cualitativas sobre implementación.⁶⁴ La primera dificultad es la falta de acceso a los funcionarios. Si bien en muchos Estados es problemático acceder y entrevistar a funcionarios —sobre todo si tienen cargos directivos— y a ministros, ese problema todavía es más pronunciado en Gambia. En el contexto de una administración civil pública muy pequeña dominada totalmente por la personalidad del presidente Jammeh, los funcionarios más importantes y los miembros del Gobierno son conscientes de que sus cargos dependen del capricho del mandatario. Pudo detectarse la reticencia general o la falta de disposición a hablar por parte de los funcionarios concernidos, en este caso, el ministro de Salud, el secretario permanente de Salud y el director de Servicios Médicos. Es un secreto a voces que los miembros del Poder Ejecutivo gambiano y los funcionarios directivos son destituidos casi sin aviso. En una sociedad cerrada, caracterizada por el temor y el secreto, dar entrevistas es visto con gran sospecha y se las evita, para evitar riesgos innecesarios. Durante el 2011, la reticencia a ser entrevistado creció a consecuencia de las elecciones presidenciales próximas, que tuvieron lugar en noviembre. La sensibilidad sobre el tema aumentó a principios del año, cuando se emitió un documental sobre el sistema deteriorado de servicios de salud mental en Kenia: “Locked up and forgotten”.⁶⁵ Parece ser que el documental dio lugar a una reacción pública amplia y fue discutido en muchos Estados de la comunidad africana, incluida Gambia,⁶⁶ en donde las condiciones son similares. Después de esfuerzos numerosos y considerables, el secretario permanente de Salud y el director de Servicios Médicos fueron entrevistados. Sin embargo, el primero básicamente fingió no saber nada, mientras que el segundo no quiso cooperar.

Otra dificultad que sufre la investigación sobre implementación es la frecuente rotación de funcionarios directivos y una memoria institucional débil en los servicios del Estado. Cuando se solicitó una entrevista con el ministro de Salud, se nos dijo que solo llevaba dos semanas en el cargo y, por lo tanto, no asistiría. Para el investigador, los continuos

64 Esta perspectiva está basada en las entrevistas y observaciones de Nicholas Orago, alumno del Máster en Leyes (Derechos Humanos y Democratización en África), que presentó el Centre for Human Rights, de la Universidad de Pretoria, en colaboración con varias facultades de Derecho de toda África. En 2011 pasó seis meses como profesor invitado en la Universidad de Gambia y fue mi asistente de investigación. También se apoya en mis observaciones durante muchos años atendiendo a las sesiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en Gambia.

65 Véase “Locked up and forgotten”, CNN, 25-5-2011, 24:31 min. (http://www.youtube.com/watch?v=gM4meNCLYAA&feature=player_detailpage).

66 Gambia fue miembro de la Commonwealth, pero se retiró en 2013.

cambios de personal se ven exacerbados por registros públicos escasos y reticencia a compartir los documentos disponibles.

Si bien el requisito de autorización previa para la investigación puede ser legítimamente exigido en muchos Estados, el rígido requisito de un certificado de investigación ética, otorgado por el Comité de Ética, parece haber sido usado por el director de Servicios Médicos (el funcionario de mayor rango responsable directo de los asuntos relativos a la salud mental) para dificultar todo intento de realizar investigaciones y de obtener una copia del proyecto de política de salud mental.

La inaccesibilidad y la imposibilidad de establecer contactos con los denunciantes también crearon considerables dificultades. Los denunciantes no vivían en Gambia, sino que decían residir en el Reino Unido. Los intentos por contactarlos fueron inútiles, puesto que los expedientes de la Comisión no contenían sus números de teléfono ni sus direcciones de correo electrónico. Ese factor no solo afecta negativamente los esfuerzos por valorar el grado de implementación, sino que también tuvo un papel importante en el extremadamente bajo nivel de conocimiento sobre las determinaciones adoptadas por la Comisión en el caso Gambian Mental Health y en la total ausencia de esfuerzos locales por impulsar cambios para implementar las recomendaciones en cuestión. En las circunstancias específicas de este caso, la última dificultad fue la inaccesibilidad a las instituciones de salud mental, ya que los ciudadanos ordinarios no las pueden visitar e inspeccionar libremente.

En la medida en que pudimos hacer observaciones e investigaciones, estas mostraron que había muy poca difusión del caso en la esfera local; en el mejor de los casos, quienes potencialmente podrían haberse involucrado en la implementación de las determinaciones, como las ONG, los académicos y la Comisión de Reforma del Derecho, no conocían esas conclusiones. El secretario permanente de Salud no tenía conocimiento del asunto, y lo mismo cabría asumir del ministro. Por último, en un juego del gato y el ratón, el director de Servicios Médicos ni confirmaba ni negaba conocer el caso. En cuanto a la Lunatics Detention Act, las investigaciones de la Comisión de Reforma del Derecho y los registros del Gobierno indican que no se ha llevado a cabo ninguna reforma al respecto y tampoco hay iniciativas pendientes ni se prevén en el futuro. Los esfuerzos dirigidos a entrevistar al secretario permanente del Ministerio de Salud con el fin de obtener más información al respecto no dieron resultado.

Dos de las mediciones efectuadas proporcionan algunas indicaciones de movimiento en la dirección de las recomendaciones de este caso. En un desarrollo positivo identificable, el hospital mental cambió

y pasó del Royal Victoria Hospital en Banjul a un nuevo edificio, el Tanka Tanka Psychiatric Hospital, con capacidad para cien pacientes, que abrió en 2009, a cierta distancia de la ciudad de Banjul. Según la información disponible, tiene más espacio y más recursos, de personal y de otras clases, que los que tenía el Royal Victoria Hospital. Otro desarrollo positivo tuvo lugar con respecto a la prestación de asistencia legal: el Gobierno ha establecido una asociación para ello: la National Association for Legal Aid (NALA), aprobada por una ley del Parlamento. La NALA busca prestar asistencia legal y servicios de representación legal a demandantes pobres. Sin embargo, el sistema de asistencia legal está dando sus primeros pasos y no se encuentra apropiadamente financiado ni cuenta con el personal necesario para llevar a cabo sus deberes de forma efectiva. Todavía está abierto a discusión que la NALA mejore las condiciones de los enfermos mentales en Gambia. Parece ser que el Gobierno trabaja en la revisión de la política de salud mental, creada en el 2007, y que el nuevo proyecto está bastante avanzado. Sin embargo, hay que pensar que todo progreso depende del escaso presupuesto dedicado a la salud mental, inferior al 1 % del asignado a salud.⁶⁷

Caso Endorois

En el tercer asunto, el caso Endorois,⁶⁸ presentado en 2003, la Comisión determinó en noviembre de 2009 que el desplazamiento de una comunidad indígena en Kenia, los endorois, del lugar en que vivían y trabajaban desde hacía largo tiempo, con el fin de crear una reserva nacional de caza, para luego permitir actividades mineras allí, supuso numerosas violaciones de sus derechos según la Carta Africana, entre ellos, el derecho a la propiedad, a la educación y al desarrollo. Las órdenes en la recomendación de la Comisión Africana pueden dividirse en cuatro categorías: primero, la orden general de indemnizar, que está asociada potencialmente con todas las violaciones de derechos; segundo, la obligación de respetar los derechos, surgida de la orden de la Comisión de, por un lado, “reconocer los derechos de propiedad de los endorois”, lo que les daba acceso ilimitado al lago Bogoria y los lugares cercanos, y por otro, de “conceder el registro al Endorois Welfare

67 “Mental health in the Gambia”, *The Point*, 25-9-2012 (<http://thepoint.gm/africa/gambia/article/mental-health-in-the-gambia>).

68 Communication 276/03, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) *vs.* Kenya (2009) AHRLR 75 (ACHPR 2009) (27th Activity Report) (publicación de las conclusiones en febrero de 2010, después de la adopción de un informe de actividades).

Council (EWC)”; tercero, la Comisión le pidió al Gobierno que “dialogara con los denunciantes para conseguir una implementación efectiva” de sus recomendaciones;⁶⁹ por último, varias órdenes se ocupaban de la obligación de hacer efectivos los derechos: el Gobierno debía devolverles las tierras ancestrales y “pagar regalías a los endorois por las actividades económicas existentes y garantizar que se beneficiaban de las posibilidades de empleo en la reserva”.⁷⁰ Decretando su propia intervención en el procedimiento de seguimiento, la Comisión solicitó que el Gobierno le informara sobre el progreso de la implementación de esas recomendaciones “en los tres meses siguientes a la fecha de su notificación”.

Las órdenes del caso Endorois no se han cumplido todavía en su totalidad. A pesar de los numerosos esfuerzos de muchos intervinientes importantes, sigue “sin haber pruebas de un enfoque estructural con respecto a las negociaciones, y hasta ahora no ha habido oficialmente ninguna comunicación vinculante del Gobierno que declare su posición con respecto a la decisión y su implementación” (Ochieng, 2012, 4.2).

En respuesta a las conclusiones del tribunal, el Gobierno se ha comprometido a implementar la recomendación o, con otras palabras, nunca se ha negado de manera explícita a hacerlo. El ministro de Tierras no solo estuvo presente como invitado de honor en una celebración pública de la decisión por parte de la comunidad, en marzo de 2010, organizada por el Endorois Welfare Council y sus asociados, a la que asistieron unas 10.000 personas, sino que también proclamó la voluntad del Gobierno de implementar la decisión (Claridge, 2011). El ministro se comprometió a preparar un memorando del Consejo de Ministros para la ocasión. En la sesión de la Comisión Africana de noviembre de 2010, la delegación estatal indicó, además, su compromiso con la implementación de las recomendaciones.

Sin embargo, el Gobierno también creó algunos obstáculos innecesarios y tomó algunas acciones ambiguas. Insistió, como lo hizo también el ministro de Tierras, en que las conclusiones de la Comisión no tenían un estatus oficial y solicitó la entrega formal de una copia original, sellada, de la sentencia, lo cual es formalista y obstruccionista (Ochieng, 2012). Posteriormente, a pesar de contar con la copia, hay poca información pública disponible de que el ministro haya comenzado el proceso de preparar un memorando del Consejo de Ministros

69 *Ibid.*, párr. 298.2: “The African Commission avails its good offices to assist the parties in the implementation of these recommendations”.

70 *Ibid.*, párr. 298-b.

para iniciar el proceso de implementación nacional. Sin consultar a la comunidad endorois, el Gobierno inició en 2012 un proceso para que Unesco declarara patrimonio de la humanidad el lago Bogoria.

El principal argumento de la respuesta sustantiva del Gobierno está relacionado con la complejidad del proceso de restauración. Esta respuesta debería entenderse en el marco del periodo de violencia electoral, durante el cual se ha establecido un Gobierno de unidad nacional y se ha iniciado un proceso constituyente más inclusivo. De hecho, la Constitución aprobada en 2010 recoge los derechos de las minorías y de los grupos indígenas. En concreto, el Estado está obligado a adoptar “programas de acción afirmativa” para promover los derechos de “las minorías y de los grupos marginados”.⁷¹ “Los órganos del Estado y todos los funcionarios públicos” tienen además la obligación de “ocuparse de las necesidades de los grupos vulnerables en la sociedad”, entre los cuales estarían “los miembros de las minorías o de las comunidades marginadas” y los “miembros de comunidades culturales, religiosas o étnicas específicas”.⁷² Si bien el concepto de minorías no está definido, una comunidad marginada es definida como aquella “comunidad indígena que ha retenido y mantenido una forma de vida tradicional y se gana el sustento mediante la caza o la recolección”.⁷³ El Gobierno alega que es la necesidad de un enfoque integral y holístico de protección de derechos de una variedad de grupos lo que hace difícil tomar medidas para proteger los derechos de un grupo específico.

La participación de las organizaciones de la sociedad civil fue fundamental en las etapas previas y posteriores a la sentencia. Ya desde 2002, la organización Minority Rights Group International (MRG) tuvo una importante participación en la preparación y la creación de conciencia en torno al caso (Claridge, 2011). Junto con EWC y el Centre for Minority Rights Development (Cemiride), abordó el proyecto “A solution to the forced displacement of the Endorois in Kenya: Working towards the implementation of the African Commission on Human and Peoples’ Rights’ Judgement”.⁷⁴ Reconocieron que la etapa de implementación de la sentencia implicaba pasar de lo jurídico a lo po-

71 Constitución de Kenia, 27 de agosto de 2010, artículo 56: “El Estado deberá contar con programas de acción afirmativa diseñados para garantizar que las minorías y los grupos marginados, a) participan y están representados en el Gobierno y otras esferas de la vida; b) cuentan con oportunidades especiales en los campos educativo y económico; c) cuentan con oportunidades especiales de acceso al empleo; d) desarrollan sus valores culturales, lenguas y prácticas, y e) tienen acceso razonable al agua, los servicios de salud y las infraestructuras”.

72 *Ibid.*, artículo 21.3.

73 *Ibid.*, artículo 260.

74 Ese fue un proyecto de tres años apoyado por la Baring Foundation.

lítico. Uno de los principales objetivos de este proyecto era aumentar la capacidad de la organización local EWC para que se convirtiera en el principal interlocutor con el Gobierno keniano. Si bien ese fin se ha conseguido en gran parte, el limitado conocimiento técnico del personal de EWC hubiera requerido una intervención continua de Cemiride y MRG. Una coalición de grupos de derechos humanos y de activistas del medioambiente, que ayudaron a EWC a organizar la celebración de 2010, con posterioridad a ese evento crearon un foro: el Civil Society Stakeholders Forum, para trabajar en pro de la implementación de la decisión Endorois (Ochieng, 2012).

Aunque todavía no se ha celebrado ninguna reunión formal entre el Gobierno y los demandantes para la implementación de las recomendaciones, se han desarrollado estrategias de capacitación de la comunidad para entablar un diálogo o concretar una posible negociación con el Gobierno, que les permitan a los líderes endorois y a sus representantes formular una propuesta sobre reparaciones bien desarrollada. Organizaciones locales e internacionales de la sociedad civil han colaborado en este proceso. Por ejemplo, el 12 de noviembre de 2012, en Nairobi, varias de ellas (Economic, Social and Cultural Rights Net - ESCR-Net, Minority Rights Group, Socio-Economic Rights Institute - SERI, Norwegian Centre for Human Rights, Universidad de Oslo, Cemiride) celebraron una reunión sobre la implementación, que llamaron "Strategy meeting on the implementation of the Endorois Decision". Se diseñó una estrategia múltiple como cartografía para identificar las tierras ancestrales de los endorois y se crearon las modalidades de indemnización de las pérdidas y los beneficios reclamables de las actividades económicas en la zona. Otra opción considerada fue una opinión consultiva del Tribunal Supremo keniano. El artículo 163.6 de la Constitución keniano le da al Tribunal Supremo el poder de dar su opinión consultiva, "a petición del Gobierno nacional, un órgano estatal o un gobierno municipal con respecto a cualquier asunto relativo al gobierno municipal", solicitud que hubiera tenido que ser presentada por algún órgano estatal, como la Kenya National Commission on Human Rights o la Gender and Equality Commission, cuyo estatuto la obliga a supervisar el cumplimiento por el Estado de los tratados internacionales relativos, entre otras cosas, a las comunidades y grupos marginados, si bien la Gender and Equality Commission y la Commission on Administrative Justice han dado algún apoyo al proceso de implementación en el caso Endorois.⁷⁵

75 Comunicación por correo electrónico de Korir DSingOei, asesor legal de Cemiride, de 25 de enero de 2013 (en el archivo del autor).

Con respecto a las reparaciones, surgen complejas cuestiones acerca del proceso de hacerlas efectivas, la forma en que debería darse esa reparación, el cálculo de la cantidad y la identificación de los beneficiarios. Por esa razón, el EWC se asoció con el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y el ESCR-Net Adjudication Working Group, en 2013, y organizó un taller de día y medio sobre reparaciones en casos de violaciones de los derechos de las comunidades indígenas en Nakuri, Kenia, del 23 al 24 de julio de 2013, con el apoyo activo de Minority Rights Group (MRG), el Norwegian Center for Human Rights y la Ford Foundation.⁷⁶

La movilización internacional ha sido una característica destacada de la estrategia de implementación. MRG y el EWC han usado los foros internacionales, como el Foro Permanente de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, para elevar la conciencia sobre el caso Endorois, el estado de la implementación y su necesidad. Además de MRG y ESCR-Net, otras organizaciones de la sociedad civil, como Human Rights Watch, llamaron la atención, con campañas activistas, sobre el hecho de que la decisión de la Comisión en el caso Endorois todavía no se ha hecho efectiva.⁷⁷

Una de las recomendaciones al Gobierno, producto de la revisión periódica universal (RPU) de Kenia, en el 2010, fue la de “implementar las recomendaciones y las decisiones de sus propias instituciones judiciales y de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, en especial las relativas a los derechos de los pueblos indígenas”.⁷⁸ Durante la evaluación intermedia (2013), el Estado menciona la Constitución de Kenia de 2010 —que fortalece los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas—, el desarrollo de la National Community Land Bill —que proporciona un marco jurídico para protección de tierras comunales, de conformidad con los imperativos constitucionales— y el proyecto de política nacional y plan de acción sobre derechos humanos, cuyo propósito es la adopción de acciones legislativas y afirmativas que garanticen que minorías y grupos marginados hagan efectivos todos sus derechos. No obstante, con respecto a la sentencia Endorois, en particular, el Estado reconoce que “el fiscal General de Kenia y el Ministerio de Tierras están trabajando en la actualidad en toda la variedad de acciones necesarias para implementar la sentencia”. La respuesta de la sociedad civil señaló que

76 Véase ESCR-Net (<http://www.escr-net.org/node/365247>).

77 Véase Human Rights Watch (<https://www.hrw.org/africa/kenya>).

78 Informe del Grupo de Trabajo del UPR: Kenia, UN Doc A/HRC/15/8, 15 de junio de 2010, párrs. 110-114.

hasta febrero de 2012 “no se había celebrado ninguna reunión entre la comunidad, sus representantes y los funcionarios del Gobierno”. La Kenya National Commission on Human Rights ha concluido también que la decisión sigue sin implementarse.⁷⁹

Algunos individuos influyentes, como Ekwe Ethuro, primer ministro de Turkana Central (1998-2013), una de las circunscripciones electorales de Kenia, fueron también útiles a la hora de destacar la necesidad de implementar las recomendaciones efectuadas en la sentencia Endorois. Al respecto, Ethuro hizo un debate en el parlamento al Ministerio de Tierras sobre el estado de la implementación.

La importancia del contexto político no puede pasarse por alto. En el periodo durante el cual se discutió la comunicación —primero sobre su admisibilidad y luego sobre su fondo—, de 2003, cuando el asunto fue declarado admisible, a noviembre de 2009, el entorno político en Kenia sufrió cambios significativos. En las elecciones de finales de 2002, la National Rainbow Coalition (NARC) derrotó a la Kenya African National Union (KANU), que había sido el partido gobernante desde la independencia en 1963. El compromiso del nuevo Gobierno con “los derechos humanos y los principios democráticos, como prueba la introducción de una batería de reformas institucionales y la apertura de espacios democráticos” (Ochieng, 2012) no se tradujo de manera inmediata en una cooperación con la Comisión Africana con respecto a la consideración del caso Endorois. De diciembre de 2003 a abril de 2005, la Comisión hizo varias solicitudes al Gobierno para que este presentara sus argumentos sobre admisibilidad, sin recibir respuesta.⁸⁰ Puesto que el Gobierno nunca entregó sus argumentos, la Comisión adoptó su decisión sobre admisibilidad sin poder beneficiarse de los comentarios del Gobierno keniano. Luego, desde mayo de 2006, el Gobierno participó de forma más efectiva e intervino, en un intento fracasado de llegar a un acuerdo amistoso. Si bien la falta inicial de cooperación podría atribuirse con toda probabilidad al ritmo lento con el que cambian el servicio civil y la administración hasta que se alinean con las nuevas perspectivas políticas, una explicación parecida no podría ofrecerse para justificar la reticencia del Gobierno y la falta de compromiso en el periodo posterior a la sentencia, desde principios de 2010, cuando la decisión se hizo pública, hasta hoy. Diferentes fuerzas estaban en acción: tras las elecciones de 2007, y la violencia postelectoral de 2008, el Gobierno de coalición establecido en 2010 se basaba en un matrimonio

79 Véase *Universal Periodic Review*: <http://www.upr-info.org/followup/assessments/session21/kenya/MIA-Kenya.pdf>

80 Endorois case, *supra* n. 68, párrs. 27, pp. 41, 60.

de conveniencia entre rivales políticos. Como afirma Ochieng Odhiambo, en este contexto, el ministro de Tierras pudo haber sido debilitado por “diferentes (y enfrentados) socios de la coalición”, cada uno con recursos fundamentales para el proceso de implementación de la decisión Endorois (Odhiambo, 2012, párr. 3.2).

Tras la publicación de su decisión en el caso Endorois, la Comisión Africana le hizo seguimiento a la suerte de la comunidad y vigiló el cumplimiento de la decisión. La cuestión de la implementación de las recomendaciones fue explícitamente incluida en la agenda de su sesión 51.⁸¹ El grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas de la Comisión Africana: el Working Group on Indigenous Populations / Communities in Africa, llevó a cabo una misión en Kenia del 1 al 19 de marzo de 2010. En su informe, adoptado por la Comisión en su sesión de noviembre de 2011, se le solicitó al Gobierno que implementara la decisión de la Comisión Africana en el caso del pueblo endorois, y “devolviera sus tierras ancestrales y respetara su derecho de acceso irrestricto al lago Bogoria”.⁸² En esa misma sesión, la Comisión reaccionó también sobre la inscripción del lago Bogoria en la Lista de Patrimonio Mundial sin la participación de los endorois en el proceso de decisión, mediante la adopción de una resolución sobre este problema. En la resolución, la Comisión señaló que el no haber obtenido el consentimiento libre, previo e informado de los endorois “es contrario a la decisión Endorois de la Comisión Africana”.⁸³ La Comisión sigue ocupándose del problema, como refleja la adopción del informe del comisionado relator sobre la implementación de este caso.⁸⁴

Una de las opciones disponibles para la Comisión es referir el caso a la Corte, lo que podría hacer que las recomendaciones acabaran convirtiéndose en una decisión vinculante. Sin embargo, aunque Kenia ha dispuesto hasta mediados de 2015 de seis años para implementar la decisión Endorois, la Comisión no ha remitido el caso a la Corte todavía. Cabe pensar que la decisión de la Comisión de no remitir el caso ha estado influenciada por los cambios políticos introducidos en la Constitución keniana de 2010, las elecciones de 2013, las opiniones de

81 Combined 32nd and 33rd Activity Report of the African Commission on Human and Peoples’ Rights, 21-25 de enero de 2013, Au Doc EX.CL/782(XXII) Rev.2, párr. 21.

82 *Ibid.*, párr. 14.

83 Resolution 197: Resolution on the Protection of Indigenous Peoples’ Rights in the Context of the World Heritage Convention and the Designation of Lake Bogoria as a World Heritage site, 5 de noviembre de 2011.

84 The Report of the Commissioner rapporteur on the implementation of Communication 276/03 (Final Communiqué of the African Commission’s 56th ordinary session, de mayo de 2015, párr. 34-iv).

los demandantes y la posición hasta cierto punto cooperativa del Gobierno. Sin embargo, hay señales de que la paciencia de la Comisión se está agotando. En una audiencia oral confidencial celebrada durante su sesión de abril de 2013, en la que invitó a los demandantes y al Gobierno a discutir la cuestión de la implementación, quedó claro que solo parte de la orden remedial —en concreto, el requisito del registro de la EWC— se había implementado.⁸⁵ Después el Gobierno no cumplió con su compromiso de elaborar un informe provisional sobre la implementación en los siguientes 90 días ni tampoco elaboró un plan de cumplimiento más integral para la sesión de noviembre de 2013, como le pidió la Comisión. En esa sesión, en lo que ha sido hasta la fecha la decisión más firme con respecto a la implementación, la Comisión le rogó a Kenia que “entregara inmediatamente a la Comisión un informe integral que incluyera un plan general para la implementación”.⁸⁶

Esta presión puede haber sido una de las principales razones por las cuales en 2014 el presidente keniano estableció un órgano especial para la implementación: la Task Force on the Implementation of the Decision of the African Commission Contained in Communication 276/2003.⁸⁷ Este grupo de trabajo está presidido por el fiscal general y tiene cuatro miembros adicionales: el secretario principal del Ministerio de Tierras, Vivienda y Desarrollo Urbano; el secretario principal del Ministerio de Deportes, Cultura y Arte; el secretario de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Kenia, y el secretario municipal del municipio de Baringo. El grupo tiene como mandato “examinar la practicabilidad de la restitución del lago Bogoria y el área circundante a la comunidad endorois, teniendo en cuenta que el lago Bogoria está clasificado como Patrimonio de la Humanidad por la Unesco”, y “valorar el monto de la indemnización para la comunidad endorois por las pérdidas sufridas y como compensación por regalías de las actividades económicas existentes en el lago Bogoria y sus alrededores”.⁸⁸ Más en general, sus fines declarados son “estudiar la decisión”, “proporcionar directrices sobre las consecuencias políticas, de seguridad y económicas de la decisión” y “examinar los efectos medioambientales potenciales en el lago Bogoria y sus alrededores a causa de la implementación”.

85 Véase ACHPR, Final Communiqué of the Workshop on the Status of the Implementation of the Endorois Decision of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 23 de septiembre de 2013, párr. 5 (<http://www.achpr.org/news/2013/10/d96/>).

86 Resolution 257: Resolution Calling on the Republic of Kenya to Implement the Endorois Decision (<http://www.achpr.org/sessions/54th/resolutions/257/>).

87 *Government Gazette* 6708, 14 de septiembre de 2014.

88 *Ibid.*, párr. 1.

Hacia mediados de 2015, el grupo de trabajo se había reunido varias veces y también con grupos de la sociedad civil, incluidas las partes que presentaron el caso, pero la implementación real avanzó muy poco.

Caso Darfur

El caso Darfur⁸⁹, en Sudán, se decidió en mayo de 2009 y está relacionado con la situación en esta zona, donde la Comisión Africana encontró la violación de numerosas normas de la Carta, con complicidad del Gobierno y su falta de prevención de asesinatos indiscriminados, tortura, envenenamiento de pozos, desplazamiento forzado y destrucción de la propiedad de los civiles. En lo relativo a los derechos socioeconómicos, la Comisión encontró que se habían violado el derecho a la propiedad, a la salud y al desarrollo. La mayoría de las órdenes remediales eran relativas a la obligación de respetarlo y protegerlo. A este respecto, le recomendó al Gobierno sudanés: la “realización efectiva de investigaciones oficiales sobre los abusos”; procesar judicialmente a los responsables de las violaciones de derechos humanos; “realizar reformas importantes de su marco legislativo y judicial con el fin de tratar los casos de violaciones graves y masivas de derechos humanos”, y “garantizar que las víctimas de las violaciones de derechos humanos cuenten con remedios efectivos, incluidas la restitución y la indemnización”.⁹⁰ También le exigió al Gobierno: establecer un Foro de Reconciliación Nacional para “ocuparse de las fuentes de largo plazo del conflicto, la asignación equitativa de recursos nacionales a las distintas provincias, incluida la acción afirmativa para Darfur, resolver los problemas de tierras, derechos de pastoreo y de agua, incluida la separación de las cabezas de ganado”; abstenerse de adoptar leyes de amnistía para los autores de violaciones de derechos humanos y consolidar y terminar los Acuerdos de Paz pendientes. De la recomendación se deriva con claridad una obligación positiva para el Gobierno, que deberá “rehabilitar la infraestructura económica y social, como los servicios educativos, de salud, de agua y agrícolas, en las provincias de Darfur, con el fin de proporcionar condiciones para el regreso seguro y digno de las [personas internamente desplazadas] PID y de los refugiados”.⁹¹

También es relevante el hecho de que el caso Darfur está compuesto de dos comunicaciones separadas, acumuladas en un mismo

89 Communication 279/2003-296/2005, Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) *vs.* Sudan (2009) AHRLR 153 (ACHPR 2009) (28th Activity Report) (caso Darfur).

90 *Ibid.*, párr. 229.

91 *Idem.*

proceso por la Comisión. El primer caso fue presentado por la Sudan Human Rights Organisation, con sede en Londres; la Sudan Human Rights Organisation, con sede en Canadá; la Darfur Diaspora Association; la Sudanese Women Union in Canada, y la Massaleit Diaspora Association. La segunda comunicación fue presentada por una ONG internacional: el Centre for Housing Rights and Evictions (Cohre), con sede en Washington DC, Estados Unidos. En otras palabras, ninguna de las quejas presentadas en el caso Darfur fue presentada por ONG locales que tuvieran un vínculo directo con las comunidades afectadas.

El Cohre, en sus alegaciones a la revisión periódica universal de 2010, señaló que “Sudán no había tomado los pasos necesarios para acabar con las violaciones de derechos humanos en Darfur ni facilitado el regreso seguro y digno de los desplazados por las violaciones” (2012). El Gobierno no respondió a esta afirmación; de hecho, no hizo referencia en absoluto al caso en sus presentaciones. Su confianza en una “nueva estrategia que garantice la paz, la seguridad y el desarrollo en Darfur con elementos del regreso de las personas internamente desplazadas a su tierra natal”⁹² es una admisión implícita de que el Gobierno no se ha ocupado todavía apropiadamente de la situación en Darfur y, como consecuencia lógica, tampoco de las circunstancias que dieron lugar al caso Darfur.

Con ocasión de las celebraciones de su 25 aniversario en 2012, la Comisión observó con pesar que el conflicto continuaba en la región y seguía “destruyendo los medios de vida y la infraestructura, provocando desplazamientos en masa de poblaciones completas, lo que creaba personas internamente desplazadas (PID), refugiados y buscadores de asilo”.⁹³ Aunque la Comisión se refiere a los problemas en Darfur como algo preocupante, en sus Observaciones Finales, adoptadas tras examinar los informes de Sudán en los años 2009 y 2012, no se hace ninguna mención del caso Darfur y sus recomendaciones.

Grado de cumplimiento y categorización de los cuatro casos

Los cuatro casos muestran la inmensa dificultad de extraer conclusiones inequívocas sobre el problema del cumplimiento o implementación nacional. En dos casos, el Gambian Mental Health y Darfur, hay

92 Report of the Working Group on the Universal Periodic Review Sudan, par. 42, A/HRC/18/16, 11 de julio de 2011.

93 Combined 32nd and 33rd Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 21-25 de enero de 2013, Au Doc EX.CL/782(XXII) Rev.2, parr. 28.

fuerzas señales de incumplimiento o no implementación, y en los otros dos, Ogoniland y Endorois, hay indicaciones de cumplimiento o implementación parciales. En el caso Gambian Mental Health hay pocas indicaciones de cumplimiento. Aunque no se pidió en la recomendación de forma expresa, se ha construido y abierto un nuevo hospital para los enfermos mentales. Cualquier otra percepción sobre ese aspecto del cumplimiento se ve difuminada por las reticencias de los funcionarios del Gobierno a cooperar, como se muestra en la falta de transparencia e inaccesibilidad. Este caso indicaría con fuerza que un régimen no democrático, casi dictatorial, no solo limita las perspectivas de cumplimiento, sino que probablemente también restringe el acceso al conocimiento de ciertos aspectos de la implementación. La inestabilidad continua en la región Darfur de Sudán reduce la probabilidad de cumplimiento del caso. A pesar de la retórica gubernamental en algunos foros internacionales sobre las mejoras y los cambios, sigue sin haber señales de que hayan mejorado las condiciones reales de vida de las personas que viven allí.

En lo que se refiere a los otros dos casos, los datos disponibles configuran una imagen de cumplimiento limitado. En Ogoniland, el principal problema es la dificultad de establecer una relación causal entre las determinaciones del tribunal y las medidas adoptadas por el Estado. Sin embargo, la principal contribución de la decisión parece ser sus efectos para la conciencia de las cuestiones relevantes entre la gente ordinaria, los distintos niveles de Gobierno y la comunidad internacional en general. Todos esos factores tuvieron influencia en diferentes acciones desarrolladas por el Gobierno. Aunque estas medidas no han acabado por erradicar los problemas sociales subyacentes, han generado beneficios más amplios para las comunidades afectadas, también con respecto a la realización efectiva de la obligación. Kenia implementó de manera clara al menos uno de los elementos de la orden dada por la Comisión en el caso Endorois, como fue el registro del Endorois Welfare Council. Aunque se han producido cambios constitucionales y de otra clase tras la decisión, el Gobierno ha sido reticente a darles efecto a otras recomendaciones.

Casos seleccionados: factores que afectan el cumplimiento

En este ensayo se han formulado algunas hipótesis que podrían ser útiles para aclarar más las condiciones que mejoran el cumplimiento de las órdenes regionales en casos en los que los derechos socioeconómicos tienen gran relevancia. Si bien el principal objeto de estudio es la

interrelación entre la dimensión internacional y nacional de la protección de los derechos humanos, muchos componentes de este análisis también serían de relevancia para el cumplimiento de órdenes parecidas dictadas por los tribunales nacionales. Teniendo en cuenta los datos limitados provenientes de cuatro casos, no se ha intentado una comprobación concluyente de las hipótesis aquí expuestas. Sin embargo, cabe extraer algunas ideas preliminares con respecto a las hipótesis a partir de los datos disponibles, y es posible proponer algunas conclusiones sobre la probabilidad de que ciertos factores sean mejores predictores de la posibilidad de cumplimiento que otros. En el proceso, se cuestiona la validez de las perspectivas obtenidas a partir de las hipótesis de un análisis previo, que no se concentró en las obligaciones derivadas de los casos de derechos socioeconómicos.

Relevancia del órgano del tratado o de la Corte

En lo referente a la intervención de la Comisión como órgano del tratado, hay una indicación definitiva de que su participación en las conclusiones de seguimiento es un factor relevante para predecir el cumplimiento del Estado. En los dos casos de no cumplimiento, por un lado, la Comisión no tomó ninguna medida de seguimiento relacionada específicamente con sus determinaciones. En ambos casos de cumplimiento parcial, por otro lado, ella realizó alguna actividad de seguimiento, mediante la solicitud de informes al Estado (caso Ogoniland), visitas de campo (como las que llevó a cabo el Grupo de Trabajo de la Comisión en Kenia tras la decisión Endorois), la adopción de decisiones posteriores (por ejemplo, con respecto a la implementación del caso Endorois) y la celebración de audiencias privadas sobre la implementación (con respecto al mismo caso).

El caso con una mayor actividad de seguimiento por parte de la Comisión (Endorois) es también aquel en que la Comisión fue más explícita sobre las acciones de seguimiento en su orden remedial: se le exigió al Estado informarle a la Comisión sobre la implementación de la decisión en los tres meses siguientes a su notificación. Aunque no hay ninguna indicación de que Kenia haya entregado oficialmente la información exigida a la Comisión, sus declaraciones durante las sesiones públicas de la Comisión suponen alguna forma de entrega de información. El periodo de tres meses se ha modificado en el Reglamento de Procedimiento de 2010 de la Comisión y formalizado como la obligación de entregar un informe en un plazo de seis meses (180 días).⁹⁴

94 Ello a pesar de tratarse de un plazo amplio, según la regla 112.2 del Reglamento de Procedimiento (2010) de la Comisión Africana, que dice que un

Antes de la adopción de este reglamento, no sorprende que la práctica de la Comisión con respecto a la inclusión de medidas explícitas de seguimiento en sus recomendaciones variara según los casos, como pasa en los aquí expuestos. En dos de ellos, Ogoniland y Darfur, no se adoptaron medidas de seguimiento ni plazos de cumplimiento y en los otros fueron adoptadas dos medidas diferentes. Aunque la Comisión le pidió a Kenia que le informara directamente sobre el seguimiento, en el caso Gambian Mental Health le requirió al Gobierno de Gambia entregarle un informe sobre la implementación cuando presentara su próximo informe de Estado. Sin embargo, esto no ha sucedido desde que se decidió el caso, con el último informe entregado y examinado en 1994. Aunque no se le pidió a Kenia que incluyera información sobre el seguimiento en sus informes periódicos posteriores, ese proceso podría haber contribuido también a reforzar el diálogo de la Comisión con el Estado sobre la cuestión. Desde la decisión Endorois, Kenia ha entregado un informe que cubre el periodo entre 2008 y 2014. No obstante, este informe, cuyo examen estaba programado para noviembre de 2015, no contiene ninguna mención de la decisión Endorois.⁹⁵

Puesto que la Comisión no ha remitido ninguno de los cuatro casos a la Corte, no existen datos disponibles que permitan comparar sus recomendaciones con las decisiones vinculantes de la Corte Africana de Derechos Humanos. Ninguno de los casos podría haberse presentado directamente ante la Corte, porque ningún Estado ha dado una declaración aceptando el acceso individual directo a esta instancia. La remisión indirecta es posible con respecto a los tres Estados que han ratificado el Protocolo de la Corte (Gambia, Kenia y Nigeria). De los casos estudiados, el único Estado que no es parte del Cuarto Protocolo es Sudán. Como se analizó, el caso Endorois es el que tiene mayores probabilidades de remitirse a la Corte. Este caso fue decidido en 2009 y Kenia se convirtió en un Estado parte del Cuarto Protocolo el 18 de febrero de 2005. Aunque la causa de acción y la presentación del caso son anteriores a esta fecha, la Comisión decidió el asunto tras la ratificación del Protocolo por parte de Kenia, y cabría defender que las violaciones tienen una naturaleza continuada. El caso Ogoniland fue decidido en 2001, años antes de que el Cuarto Protocolo entrara en vigor en 2004. Proponer que las violaciones son continuadas es difícil, pero podría

Estado debe informar a la Comisión en el plazo de 6 meses acerca de los pasos que está tomando para implementar la decisión en su contra.

95 Véase African Commission on Human and Peoples' Rights (http://www.achpr.org/files/sessions/57th/state-reports/8th-11th-2008-2014/kenya_state_report_eng.pdf).

hacerse. El caso *Gambian Mental Health* fue decidido en 2003 y para él aplica la misma afirmación.

Aunque el cumplimiento de la decisión del *Ecowas* sobre el caso *Serap* en 2012 podría compararse con la implementación del caso *Ogoniland*, es necesaria más investigación para verificar la fuerza explicativa de la hipótesis de que la naturaleza vinculante de la decisión *Ecowas* de la Corte mejora la perspectiva de cumplimiento. En ausencia de una decisión comparable por la Corte Africana, la hipótesis más probable —que las órdenes de los tribunales subregionales sean ejecutadas en comparación con las de un tribunal regional— no puede ser comprobada todavía.

Relevancia del marco jurídico nacional

En cuanto al marco jurídico nacional, las dos categorías de casos pueden distinguirse también con claridad respecto a la inclusión de derechos socioeconómicos en las Constituciones. En los países incumplidores hay pocos fundamentos para argumentar que los derechos socioeconómicos sean judicialmente exigibles según el derecho nacional. Ni la Constitución de Gambia de 1996 ni la Constitución Nacional Provisional de Sudán de 2005 contienen derechos socioeconómicos exigibles. En lugar de eso, esos derechos aparecen en los capítulos sobre derechos no exigibles judicialmente que se ocupan de las directrices y directivas para el Estado. En los dos países en los que hubo cumplimiento parcial la situación no es tan clara, con algunas señales de que los derechos socioeconómicos podrían ser considerados judicialmente exigibles. Si bien la Constitución keniana no contenía derechos socioeconómicos exigibles judicialmente en el momento en el que se presentó y se decidió el caso *Endorois*, esos derechos han sido incluidos después en la Constitución de Kenia de 2010, que contiene una amplia variedad de derechos socioeconómicos reclamables ante los tribunales.⁹⁶ Los debates sobre la implementación tienen lugar, por consiguiente, en un contexto jurídico en el que se acepta la exigibilidad judicial de los derechos socioeconómicos. La posición en Nigeria es más ambigua. Aunque la Constitución de 1999 relega los derechos socioeconómicos a su Capítulo II como Directrices de la política estatal, la Carta Africana, incluidas las normas sobre derechos socioeconómicos exigibles ante los tribunales, ha pasado a las legislaciones nacionales y, en opinión de la Corte de Apelación en *Fawehinmi vs. Abacha*, goza de una

⁹⁶ Constitución de Kenia, 2010, artículo 43; véase también 56(e): acción afirmativa para los grupos minoritarios y marginados, incluido el acceso al agua, los servicios de salud e infraestructuras.

posición superior en la legislación nacional.⁹⁷ La Comisión Africana parece aceptar que esos derechos no son exigibles ante los tribunales.⁹⁸ Sin embargo, debería tenerse presente que el régimen legal nacional está enmarcado en el nivel supranacional, según el cual los derechos socioeconómicos contenidos en la Carta Africana son exigibles ante los tribunales y pueden presentarse ante el Tribunal del Ecowas⁹⁹ y la Comisión y la Corte africanas.

Los datos disponibles ofrecen mucho menos apoyo a la relevancia de la dicotomía monismo-dualismo como factor determinante. Gambia es un clásico Estado dualista, en el que la incorporación al derecho nacional de los tratados internacionales es excepcional; Nigeria es un Estado dualista, pero ha incorporado a su legislación la Carta Africana; Kenia ha pasado de ser un Estado dualista a uno monista *de jure*, en el que los tratados internacionales de derechos humanos son reconocidos como parte de su derecho, según la Constitución de 2010;¹⁰⁰ la Constitución Provisional de Sudán estipula que “los tratados, pactos e instrumentos internacionales de derechos humanos” ratificados por el país “serán parte integral” de su Carta de derechos.¹⁰¹ De lo anterior, parecería más útil observar cuál es la práctica real (legislativa y judicial) que hacer referencia a la posición formal (constitucional) del monismo-dualismo, como se sugirió en la hipótesis formulada.

Relevancia de las víctimas (tamaño de la violación)

No es posible comprobar la validez de la hipótesis relacionada con el número de víctimas, también vinculada con el ámbito o la amplitud de la violación, porque los cuatro casos involucrados abarcan un número significativo de víctimas: el de Ogoniland fue presentado en nombre del pueblo ogoni; el Endorois, en nombre de un pueblo indígena, los endorois, que cuentan con unos 60.000 miembros, y el caso Darfur en nombre del pueblo de Darfur. Si bien el número preciso de víctimas en el caso Gambian Mental Health no se conoce y es cierto que la amplitud de la violación es menor que en los otros tres, las víctimas son numerosas también y no están en una lista cerrada. Teniendo en cuenta

97 (1996) NWLR (Pt 475) 710; véase también la decisión del Tribunal Supremo en *Abacha and Others vs. Fawehinmi* (2001) AHRLR 172 (NgSC 2000).

98 Concluding Observations and Recommendations on the Third Periodic Report of the Federal Republic of Nigeria, 10-24 de noviembre de 2008, párr. 13.

99 Registered Trustees of the Socio-economic Rights and Accountability Project (*Serap vs. Nigeria*) (2009) AHRLR 331 (Ecowas 2009), párrs. 17-19.

100 Constitución de Kenia, 2010, artículo 2.6.

101 Constitución provisional de Sudán, 2005, artículo 27.3.

que los cuatro casos objeto de estudio comparten esta característica, la gran escala de las violaciones puede ser un factor que explique la falta de cumplimiento en general.

Relevancia del Estado

Un análisis de los cuatro casos apoya la hipótesis de que es más probable que los Estados cumplan más las órdenes de hacer efectivos los derechos relacionados con una causa de acción que aparece en una administración política anterior. A efectos del cumplimiento nacional, la experiencia en los cuatro casos ilustra la relevancia del cambio en las circunstancias políticas, que se manifiestan con mayor claridad cuando hay cambio de Gobierno o transición de un régimen político a otro. Por un lado, Nigeria y Kenia, en los casos Ogoniland y Endorois, mostraron alguna disposición a ejecutar la orden de la Comisión, disposición que tuvo lugar en el contexto de cambios políticos. En Nigeria, los hechos relacionados con la conducta del régimen de Abacha, que fue reemplazado por un Gobierno democrático objeto de la demanda cuando se presentó el caso y luego destinatario de la orden del tribunal; en Kenia, la conducta denunciada se refería al Gobierno del KANU, que perdió su control del poder en 2002. En las otras dos comunicaciones, por otro lado, los Estados demandados (Gambia y Sudán) no mostraron ninguna disposición a implementar las recomendaciones de la Comisión. En ambos casos, la naturaleza no democrática y profundamente represiva del poder político permaneció invariable tras la aprobación de las órdenes de la Comisión, lo que hizo que el cumplimiento de las órdenes regionales fuera muy improbable.

Algunos indicadores usados en este estudio apoyan la pretensión de que es más probable que los Estados seguidores del Estado de derecho hagan cumplir las órdenes regionales relativas a los derechos socioeconómicos. Usando la categorización de Freedom House de 2013,¹⁰² Gambia y Sudán eran no libres, mientras que Kenia y Nigeria son libres en parte. De hecho, Sudán fue uno de los siete países que obtuvieron la clasificación más baja posible para derechos políticos y libertades civiles. Otros indicadores establecen una distinción más precisa entre Kenia, Nigeria y Gambia. Aunque Gambia obtiene una mejor puntuación que Kenia y Nigeria en general, en el Ibrahim Index of African Governance de 2012, con el criterio de Estado de derecho, las puntuaciones son como siguen: Kenia 53, Nigeria 43 y Gambia 37.¹⁰³

102 Véase Freedom House (<http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2013>).

103 Véanse: <http://www.moibrahimfoundation.org/downloads/2012-IIAG->

Los indicadores del World Justice Project no son muy útiles para los fines de este estudio, puesto que solo incluyen a Kenia y Nigeria. Otra posible conclusión, más relacionada con la tendencia general a la no implementación en los cuatro Estados, es que *incluso* esos dos no tenían un buen desempeño en lo relativo al Estado de derecho, con una puntuación desfavorable, si se la compara con otros países de la región incluidos en la encuesta.¹⁰⁴

Relevancia de la participación de la sociedad civil y la comunidad

La participación de la sociedad civil y de la comunidad local mejoran las perspectivas de implementación. Ha habido poco involucramiento de la sociedad civil o de sujetos nacionales en la presentación y el seguimiento del caso Gambian Mental Health, que fue presentado por dos profesionales de la salud que actuaban en nombre de víctimas anónimas. Los profesionales de la salud no residían en Gambia y no estuvieron involucrados en el seguimiento. La preparación y el seguimiento de este caso nunca se llevaron a cabo en la esfera nacional, y este tampoco se benefició de la participación de agentes locales de la sociedad civil. En el mismo sentido, hay pocas señales de que el caso Darfur haya generado en la sociedad civil sudanesa —que es muy débil, sin duda— algún interés y deseo de participación. Esa falta de atención nacional a las decisiones está claramente ligada al hecho de que el caso no estaba arraigado localmente, ya desde la etapa de su presentación, puesto que la demanda la presentaron ONG con sede en Londres, Canadá y otros lugares de la diáspora.

En cambio, los casos Ogoniland y Endorois fueron presentados con plena participación de destacadas organizaciones locales de la sociedad civil, muy comprometidas (Serac en Nigeria y Ceremide y Endorois Welfare Council en Kenia). La implementación de estos casos formaba parte importante de los programas de acción de estas organizaciones. Hubo ONG internacionales —en especial, Social and Economic Rights Action Center en el caso Ogoniland y MRG, ESCR-Net y Dejusticia en el caso Endorois— que proporcionaron apoyo adicional

summary-report.pdf, p. 20 (Sudán no fue incluido, puesto que estaba en una transición política para convertirse en dos Estados); y World Bank Worldwide Governance Indicators (WGI) (<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp>), en el que Gambia aparece por encima de Kenia y Nigeria con respecto al Estado de derecho.

104 Véase World Justice Project (<http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index>).

y, mediante su intervención, garantizaron también los muy necesitados fondos de donantes.

Relevancia del contexto jurídico internacional

Hay alguna indicación de que la adherencia plena al sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas se corresponde con un mejor cumplimiento. En cuanto a las obligaciones del Estado de entregar información, hay poca diferencia entre los cuatro Estados en la frecuencia con la que presentan informes. Gambia, que muestra el menor nivel de compromiso, no ha entregado un informe en el marco del Pidesc en los últimos 35 años; Sudán presentó dos informes en 27 años;¹⁰⁵ Nigeria entregó uno en 10 años y Kenia presentó dos en 41 años. Sin embargo, en lo referente a la aceptación de los procesos de queja e investigación reconocidos en los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, Gambia y Sudán solo han aceptado un proceso cada una de ellas, mientras que Nigeria ha aceptado seis y Kenia dos. La comparación de las dos categorías de países (los que no cumplen frente a los que cumplen parcialmente) ofrece algún apoyo a la hipótesis de que una adherencia significativa al sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas se corresponde bien con el cumplimiento de las órdenes regionales sobre derechos socioeconómicos.

En cuanto a la adherencia plena al sistema de derechos humanos de la UA,¹⁰⁶ cabe señalar que ninguno de los cuatro Estados ha efectuado declaraciones conforme al artículo 34(6) del Protocolo de la Corte. En lo que se refiere a los tratados ratificados, Sudán y Gambia son los que están en peor posición: Sudán ha aceptado solo dos de los tres tratados centrales; no aceptó la jurisdicción de la Corte Africana de Derechos Humanos y, aunque firmó el APRM, no ha permitido todavía una visita conforme a ese mecanismo. Gambia ha aceptado los tres tratados principales y la jurisdicción de la Corte, pero no el proceso APRM. En cambio, Nigeria y Kenia han ratificado los tratados centrales, el Protocolo de la Corte y no solo han aceptado el APRM, sino que también han recibido visitas conforme a ese mecanismo.

105 Véase UN Treaty Body Database (http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx).

106 Véase African Union OAU/AU Treaties, Conventions, Protocols & Charters (<http://www.au.int/en/treaties>).

Conclusiones

Una comparación de los casos sin cumplimiento con los casos en los que el cumplimiento es parcial apoya la validez de las cinco hipótesis formuladas. En primer lugar, la participación de un órgano del tratado —la Comisión Africana, que decidió finalmente estos cuatro casos— en el seguimiento de sus órdenes parece corresponderse con mejores perspectivas de implementación. En segundo lugar, hay sólidos indicios de que la implementación mejora cuando hay participación e involucramiento continuo por parte de ONG y grupos comunitarios nacionales e implicados en la vida local, que actúan con el apoyo de la sociedad civil internacional. En tercer lugar, la probabilidad de implementación parece aumentar si el Gobierno responsable de ella no es el mismo que el responsable de la violación; en otras palabras, un cambio fundamental en la composición política parece predecir una mayor implementación. En cuarto lugar, hay cierto apoyo a la hipótesis de que, cuanto más comprometidos estén los Estados con los sistemas de derechos humanos de la ONU y la UA, más probable es que implementen las órdenes regionales sobre derechos socioeconómicos. En quinto lugar, hay algunas pruebas para respaldar la hipótesis de que la inclusión de derechos socioeconómicos exigibles ante los tribunales en la Constitución de un Estado produce mayores niveles de implementación de las órdenes regionales sobre derechos socioeconómicos por parte de esos Estados.

En el estudio previo del que hemos hablado, los tres primeros factores surgieron también como predictores de la implementación y los últimos dos no fueron puestos a prueba. Por consiguiente, parece que los factores predictivos del cumplimiento o la implementación se superponen en gran parte entre los derechos civiles y políticos y los derechos socioeconómicos. Una conclusión adicional bastante obvia, derivada de la evaluación de la implementación en los cuatro casos, es que ninguna de las órdenes ha sido cumplida en su totalidad. Esta conclusión invita a identificar aquellas características presentes con mayor fuerza y contemporáneamente en los cuatro casos, como factores que inhiben la plena implementación. De este análisis, dos factores tienen gran fuerza predictiva con respecto a la no implementación: i) los Estados que carecen de una cultura política abierta y democrática, entendida como Estado de derecho, no es probable que implementen plenamente las órdenes regionales relativas a los derechos socioeconómicos; ii) es menos probable que las órdenes sobre derechos socioeconómicos se implementen cuando están relacionadas con violaciones masivas de derechos. Ambas percepciones se ajustan también a las conclusiones del estudio previo y además confirman la conclusión preliminar de que

existe buena correspondencia entre los factores que refuerzan y debilitan la implementación de los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos socioeconómicos, por el otro.

Tal vez no debería sorprender que las órdenes regionales y otras de carácter internacional no se cumplan con regularidad. Estas tienen el problema de que carecen de un respaldo político directo e inmediato para garantizar o apoyar el cumplimiento. Aunque pudiera haber también resistencia a las órdenes de los tribunales nacionales, al menos hay tres medidas disponibles en el sistema jurídico nacional para garantizar el cumplimiento; por ejemplo, en casos extremos, hay procedimientos por desacato. También la naturaleza contramayoritaria de las órdenes judiciales se desarrolla de forma diferente en la esfera internacional. La pretensión de que los jueces no son elegidos democráticamente se ve exacerbada, porque, aunque los jueces internacionales pueden ser elegidos de hecho, esas elecciones las efectúan organizaciones intergubernamentales en las que un Estado específico tienen un voto único (o limitado) entre muchos. Debido a la participación restringida de los órganos o cuerpos internacionales de supervisión, también en África, muchas veces ocurre que un Estado concreto no cuenta con ninguna clase de representación. De hecho, en la Corte Africana de Derechos Humanos, los jueces nacionales no pueden intervenir en el tribunal que decide un caso contra el país del que provienen. Además, la acusación de que los tribunales carecen de conocimiento experto y de comprensión específica de los problemas que implica la realización efectiva de las obligaciones se ve agravada por la lejanía de los jueces internacionales, su falta de conocimiento del sistema específico directamente involucrado, y de las sutilezas y los matices derivados de una relación sostenida con las circunstancias locales. En ausencia de una comprobación rigurosa de la hipótesis de que es más probable que sea mejor el cumplimiento de las órdenes de derechos socioeconómicos en la esfera nacional que en la esfera internacional, estas observaciones siguen siendo conjeturas. Pero cabría esperar que, a medida que el número de sentencias sobre derechos socioeconómicos aumente, tanto en la esfera internacional como la nacional, en el futuro haya suficientes datos disponibles como para comprobar esta hipótesis.

Referencias

Chirwa, D. M. (2008). African regional human rights system: The promise of recent jurisprudence on social rights. En Langford, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 323-338). Cambridge: Cambridge University Press.

Claridge, L. (2001). Landmark ruling provides major victory to Kenya's indigenous. Endorois Centre for Minority Rights Development & Minority Rights Group International (MRG) on behalf of the Endorois Community *vs.* The Republic of Kenya. MRG. Recuperado de <http://minorityrights.org/wp-content/uploads/old-site-downloads/download-1009-Download-full-briefing-paper.pdf>

Claude, I. (1984). *Swords into ploughshares*. New York: McGraw-Hill.

Cohre (2012). *Submission to the Universal Periodic Review concerning Sudan*. Recuperado de http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session11/SD/COHRE_TheCentreonHousingRightsandEvictions-eng.pdf

Coomans, F. (2003). The Ogoni case before the African Commission on Human and Peoples' Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, 52 (3), 749-760.

Green, M. (2001). What we talk about when we talk about indicators: Current approaches to human rights measurement. *Human Rights Quarterly*, 23, 1062-1097.

Hillebrecht, C. (2014). *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The Problem of Compliance*. New York: Cambridge University Press.

Louw, L. (2005). An analysis of state compliance with the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights (tesis de maestría, sin publicar). Pretoria: University of Pretoria.

Morka, F. (2011). The Social and Economic Rights Action Centre and Center for Economic and Social Rights *vs.* Nigeria — Matters arising. Ponencia presentada en la Conferencia de Interights / Open Society Justice Initiative, "The Implementation of Human Rights Judgments: The Litigator's Perspective", 24 de junio de 2011, Londres (resumen en el archivo del autor).

Ochieng Odhiambo, M. (2012). A solution to the forced displacement of the Endorois in Kenya: Working towards the implementation of the African Commission on Human Rights. Report of final evaluation, MGI, Nakuru. Recuperado de <http://minorityrights.org/wp-content/uploads/2015/08/A-SOLUTION-TO-THE-FORCED-DISPLACEMENT-OF-THE-ENDOROIS-IN-KENYA.pdf>

Ohaeri, V. (2012). Regional Courts' decisions and the enforcement challenge: Lessons from the Ogoni case. Ponencia presentada en Africa Regional Workshop on Social Rights Litigation, Johannesburg, South Africa.

Simmons, B. (2009). *Mobilising for Human Rights: International Law in Domestic Politics*. New York: Cambridge University Press.

Viljoen, F. (2004). The African Charter on Human and Peoples' Rights: The Travaux préparatoires in the light of subsequent practice. *Human Rights Law Journal*, 25, 313-32.

Viljoen, F. (2010). State compliance with the recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights. En Baderin, M. y Senyonjo, M. (eds.). *International human rights law: Six decades after the UDHR* (pp. 411-430). Aldershot: Ashgate.

Viljoen, F. (2012). *International Human Rights Law in Africa* (2 ed.). Oxford: Oxford University Press.

Viljoen, F. y Louw, L. (2007). An Assessment of State Compliance with the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights between 1993 and 2004. *American Journal of International Law*, 101(1), 1-34.

13. Demandas judiciales sobre derechos reproductivos: del reconocimiento a la transformación

*Luisa Cabal y
Suzannah Philips**

* Las autoras agradecen a quienes fueron sus colegas en el Center for Reproductive Rights —a Lilian Sepúlveda, vicepresidenta del Global Legal Program; a Melissa Upreti, directora regional para Asia, y a Christina Zampas, exdirectora regional para Europa— por sus comentarios y sus ideas sobre los primeros borradores de este capítulo; a Dante Costa y Lara Shkordoff, practicantes del Global Legal Program, que contribuyeron a este capítulo con su ayuda en la investigación y durante la redacción; a Payal Shah, asesor legal para Asia, y a Juan Sebastián Rodríguez, asesor legal invitado para Latinoamérica y el Caribe, por proporcionarnos información actualizada para borradores posteriores.

Introducción

Se ha recurrido cada vez más a estrategias de uso de los tribunales para promover los derechos reproductivos en el ámbito nacional, regional e internacional, y eso ha llevado a decisiones judiciales innovadoras. Este capítulo evalúa cuán exitosa ha sido la implementación de estas decisiones históricas, e identifica factores fundamentales, como el diseño institucional, la naturaleza de las medidas judiciales otorgadas, la atención pública al caso y el entorno social, político y cultural, que promueven o dificultan la implementación de estas decisiones por los órganos nacionales, regionales e internacionales. A partir del análisis de ocho decisiones sobre derechos reproductivos concluimos que es más probable que se implementen las medidas judiciales dirigidas a individuos específicos, como las indemnizaciones monetarias, pero que la transformación del entorno social, político y cultural, y el compromiso político son cruciales para la implementación de medidas generales que garanticen la no repetición, de manera que las medidas judiciales transformadoras son a menudo un fin en sí mismo en las demandas judiciales sobre derechos reproductivos.

Para evaluar la implementación en el contexto de las demandas judiciales sobre derechos reproductivos se requiere, por consiguiente, una conceptualización general que incluya no solo el cumplimiento directo de las órdenes judiciales, sino también el efecto transformador al que pueda dar lugar una decisión judicial positiva, aun si la implementación de medidas específicas es incompleta o no existe.

Los derechos reproductivos descansan en una variedad de derechos humanos definidos previamente, entre los cuales hay derechos económicos, sociales y culturales (DESC), como los derechos a la salud, a la educación y a beneficiarse del progreso científico. En consecuencia, la realización de los derechos reproductivos enfrenta muchos de los mismos obstáculos que la realización de otros DESC, como la

asignación de recursos y la voluntad política necesaria para reforzar los sistemas de salud.

Sin embargo, a diferencia de otros DESC, el reconocimiento y la aceptación de los derechos reproductivos como derechos humanos se cuestionan constantemente; ese reconocimiento es un elemento esencial para garantizar que se implementen las decisiones sobre estos derechos. En general, los DESC, como los derechos a la salud, al trabajo y la vivienda, están codificados de manera expresa en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).¹ En cambio, si bien los principales componentes de los derechos reproductivos, como los derechos a la autonomía reproductiva y los servicios de salud reproductivos, están contenidos en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por su sigla en inglés),² y las observaciones finales, las recomendaciones generales y otros documentos interpretativos de los órganos de vigilancia de los tratados de las Naciones Unidas los reafirman,³ hay constantes oposiciones a estos derechos y se los deja de lado en los espacios políticos. El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Programa de Acción de la CIPD) marcó un cambio significativo con respecto al reconocimiento de los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales.⁴ En este acuerdo, por primera vez, se formularon los dos pilares primordiales de los derechos reproductivos como cuestiones básicas de derechos humanos, casi treinta años después de que fuera adoptado el Pidesc y se abriera para su firma y ratificación. Si bien el Programa de Acción de la CIPD fue crucial para reconocer en el plano internacional que los derechos reproductivos de las mujeres estaban fundamentados en las normas existentes de derechos humanos, ese reconocimiento se hizo mediante normas de derecho blando, en lugar de mediante obligaciones jurídicas vinculantes, y sigue siendo una lucha continuada de los grupos que

1 Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw), GA res. 34/180, 34 UN GAOR Supp. (No. 46), p. 193, UN Doc. A/34/46, artículos 12, 14, 16(1)e, entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981.

2 Para una explicación más detallada de cómo el derecho a la salud, tal como se formuló inicialmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, excluyó los derechos reproductivos de las mujeres, véase Cabal y Todd-Gher (2009, pp. 120-121).

3 Para un estudio completo de las observaciones de los órganos de los tratados de las Naciones Unidas sobre cómo las violaciones de los derechos reproductivos son violaciones de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, véase Center for Reproductive Rights (2008).

4 Véase párr. 7.3 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Programa de Acción CIPD, El Cairo, Egipto, septiembre 5-13, 1994, Ch. VII, UN Doc. A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

defienden los derechos de las mujeres garantizar que esos principios se reafirmen en espacios políticos parecidos.⁵ Por consiguiente, ha sido una tarea de los defensores de los derechos reproductivos consolidar su reconocimiento como derechos humanos mediante la transformación existente de estos principios en protecciones concretas.

Hacer realidad los derechos reproductivos requiere, por consiguiente, un fortalecimiento de las normas de derechos humanos para que reconozcan y respondan mejor a las violaciones de los derechos reproductivos. Por tanto, si bien las demandas judiciales sobre derechos reproductivos pretenden conseguir medidas judiciales individuales que ofrezcan reparaciones a las víctimas, y remedios generales que lleven a cambios normativos o estructurales para ocuparse de las violaciones sistemáticas, estos casos buscan también remedios simbólicos o transformadores: el reconocimiento de que esas son violaciones de los derechos humanos fundamentales, un giro en el discurso público en torno a estas cuestiones, y estándares regionales e internacionales de derechos humanos más fuertes y mejor definidos en conexión con la salud reproductiva. Las sentencias favorables de los casos sobre derechos reproductivos pueden ser un canalizador de cambios normativos o de política pública mediante la implementación directa de las órdenes judiciales, pero también pueden facilitar esos cambios de formas más indirectas, mediante la reconfiguración del discurso jurídico y político sobre salud reproductiva, y derechos en los ámbitos nacional, regional e internacional. En consecuencia, es necesario que esos objetivos más amplios de las demandas judiciales sobre derechos reproductivos hagan parte de la evaluación de si se han implementado las sentencias sobre estos derechos y el grado en que se hecho, en lugar de observar su ejecución desde una perspectiva más limitada a partir de las órdenes judiciales específicas.

Hay que señalar que las sentencias judiciales favorables a los derechos reproductivos en el contexto de entornos políticos muy polarizados pueden ocasionar reacciones negativas y dar fuerza a los contradictores, poniendo potencialmente en riesgo las ganancias obtenidas en los procesos judiciales. Teniendo en cuenta la reacción negativa que podrían causar tales sentencias, las demandas judiciales sobre derechos reproductivos no pueden ser una táctica aislada, sino que deben presentarse en el contexto de una estrategia activista más general cuyo propósito sea promover e impulsar estos derechos y fomentar un entorno en el que puedan transformarse las instituciones políticas,

5 Los Objetivos de Desarrollo del Milenio, por ejemplo, excluyen totalmente los derechos a la salud reproductiva del documento inicial. Solo cinco años después se incluyó un objetivo relativo a la salud reproductiva.

sociales y culturales que restringen de manera sistemática los derechos reproductivos de las mujeres.⁶

En este contexto, los fines de las demandas judiciales sobre derechos reproductivos pueden cambiar a lo largo del tiempo conforme a las necesidades o etapas de la estrategia activista más general. En los primeros momentos de la estrategia activista, por ejemplo, cuando los estándares internacionales sobre una cuestión específica no se han desarrollado plenamente, uno de los primeros fines de los procesos judiciales, además de conseguir reparaciones individuales, es el reconocimiento por parte de los tribunales o los órganos de derechos humanos de que la violación concreta es, de hecho, una violación de derechos humanos. Por tanto, los primeros procesos judiciales podrían presentarse en foros en los que haya una mayor probabilidad de que decisiones favorables configuren los estándares de derechos humanos con respecto a los derechos reproductivos en el ámbito regional o internacional, aun si el cumplimiento pleno de las medidas generales es más difícil de conseguir. Una vez que los estándares internacionales sobre esa cuestión se han desarrollado, los defensores pueden presentar demandas de seguimiento en foros mejor preparados para la implementación de reformas estructurales integrales. En el contexto de los fines generales del activismo y del uso de los tribunales debería considerarse también qué constituye una implementación exitosa de una decisión determinada.

Este capítulo evalúa la implementación de decisiones cruciales sobre derechos reproductivos, apoyándonos en esa conceptualización más amplia de la implementación. La sección 2 proporciona una síntesis del panorama de los derechos reproductivos como derechos humanos. La sección 3 presenta varios estudios de caso sobre derechos

6 Nos apoyamos aquí en el concepto de Nancy Fraser de *misrecognition* (en su doble sentido de falta de reconocimiento y reconocimiento inadecuado) como subordinación por el estatus, según el cual el objetivo del reconocimiento es “superar la subordinación al establecer a la parte sin reconocimiento o con un reconocimiento inadecuado como miembro pleno de la sociedad, capaz de participar a la par con el resto” (2000, p. 13). En el contexto de los derechos reproductivos, la falta de reconocimiento y el reconocimiento inadecuado ocurren en dos niveles: en primer lugar, mediante la institucionalización de normas socioculturales que infringen los derechos reproductivos de las mujeres y, en segundo lugar, mediante la exclusión histórica de los derechos de las mujeres, incluidos los derechos reproductivos, de los movimientos dominantes de derechos humanos. Los fines del reconocimiento mediante las demandas judiciales sobre derechos reproductivos son dobles: conseguir remedios transformadores o simbólicos que, por un lado, rebatan o desmantelen las bases socioculturales de las violaciones de los derechos reproductivos y, por otro, consigan un mayor reconocimiento de los derechos reproductivos como derechos humanos.

reproductivos que el Centro para los Derechos Reproductivos (en adelante el Centro) ha litigado ante los tribunales o ayudado a litigar con sus socios locales y regionales sobre tres áreas temáticas: la esterilización coercitiva, el acceso al aborto y la mortalidad materna. Además, identifica el grado en que se han implementado diferentes medidas judiciales (individuales, generales y transformadoras), resultantes de las decisiones finales. A partir de la experiencia del Centro con estos estudios de caso, la sección 4 analiza los factores que promueven o dificultan la implementación de las medidas individuales, generales y transformadoras que surgen de esas definiciones.

Derechos reproductivos como derechos humanos

Desde que el Programa de Acción de la CIPD reconoció en 1994 los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales para las políticas de desarrollo y poblacionales, varios países han fortalecido su protección, por ejemplo, mediante el reconocimiento de esos derechos en las constituciones nacionales,⁷ leyes liberalizadoras sobre el aborto y métodos anticonceptivos,⁸ y planes y políticas nacionales de desarrollo enfocadas en la mejora de la salud materna. Al mismo tiempo, a pesar del hecho de que los órganos decisorios y judiciales han reafirmado de manera creciente y continua los derechos reproductivos en el ámbito nacional, regional e internacional, estos siguen siendo objeto de oposición en el espacio político, en gran parte debido a visiones morales y religiosas enfrentadas sobre los anticonceptivos y el aborto. Por tanto, las violaciones de los derechos reproductivos están muy extendidas.

Los derechos reproductivos se definen como el “derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”.⁹ Estos dos pilares fundamentales de los derechos reproductivos, es

7 Por ejemplo, Nepal, Kosovo, Ecuador, Bolivia y Kenia han adoptado constituciones nuevas o provisionales que protegen los derechos reproductivos: Constitución provisional de Nepal, artículo 20 (2007) (Nepal); Constitución de la República de Kosovo, artículo 26 (2008) (Kosovo); Constitución de la República del Ecuador, artículo 66 (2008) (Ecuador); Constitución Política del Estado de Bolivia, artículos 14, 15, 45, 66 (2009); Constitución Política de Kenia, artículos 26(d), 43 (2010) (Kenia).

8 Entre 1994 y 2014, 35 liberalizaron sus leyes sobre el aborto, mientras que solo 4 países aumentaron las restricciones legales al respecto (Center for Reproductive Rights, 2014).

9 Véase párr. 7.3 del Programa de Acción de la CIPD.

decir, los derechos a la autodeterminación sobre la reproducción y los servicios de salud sexual y reproductiva, descansan en una variedad de derechos fundamentales consagrados en los tratados regionales e internacionales de derechos humanos y en las leyes nacionales. Estos derechos comprenden tanto los DESC como los derechos civiles y políticos, incluidos, entre otros, los derechos a la vida, a la salud, a la igualdad y a la no discriminación, a la información, a no ser sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes; el derecho a la intimidad y el derecho a no enfrentar violencia basada en el género.

El derecho a la salud subyace a las obligaciones gubernamentales de respetar y garantizar los derechos reproductivos, y proporciona un marco útil para comprenderlos como derechos humanos, igual que los componentes esenciales del derecho a la salud son un reflejo de los pilares centrales de los derechos reproductivos. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha explicado que el derecho a la salud incluye ambas libertades —“el derecho a controlar el propio cuerpo y la propia salud, incluida la libertad sexual y reproductiva” — y otros, como “el derecho a un sistema de protección de salud que proporcione igualdad de oportunidades para que la gente goce del mayor nivel disponible de salud”.¹⁰ Mientras que el derecho a la salud, como otros DESC, está sujeto a la realización progresiva, el Comité DESC ha señalado que los Estados tienen “una obligación inmediata de garantizar que el derecho se ejerza sin discriminación de ninguna clase”.¹¹

La discriminación por razón de género con respecto al derecho a la salud puede considerarse no solo en el acceso desigual a los servicios, sino también en la inacción del Estado para garantizar servicios esenciales dirigidos a atender las diferencias biológicas de las mujeres y sus problemas de salud (Cook y Howard, 2007, pp. 1046-1047). Como ha explicado el Comité de la Cedaw, conseguir la igualdad sustancial exige “una transformación real de las oportunidades, las instituciones y los sistemas, de forma que ya no estén basados en paradigmas de poder y patrones de vida determinadas por los varones”.¹²

10 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), Observación general 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12) (sesión 22ª, 2000), UN/Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 at 78 (2008) (Observación general 14), párr. 8.

11 *Idem*, para. 30.

12 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité Cedaw), General Recommendation 25: On Temporary Special Measures (13ª sesión, 2004), UN/Doc HRI/GEN/1/Rev.9 at 365 (2008), para. 10.

Las obligaciones del Estado en cuanto a solucionar la discriminación sistémica por razones de género con respecto a los servicios de salud son de dos clases. En primer lugar, los Estados deben garantizar la prestación adecuada de los servicios de salud que las mujeres necesitan por ser mujeres, incluidos tener los medios y la información para decidir el número, el plazo y el momento en el cual tener sus hijos, sin discriminación, coerción o violencia, y con acceso a los servicios apropiados durante el embarazo, el nacimiento y el posparto, incluidos los servicios de obstetricia de emergencia, abortos seguros y cuidados tras los abortos. A esos fines, la Cedaw dispone explícitamente que los Estados parte tienen la obligación de garantizar “la información, la educación y los medios” para tomar decisiones sobre la reproducción y los tratamientos especiales de salud para las mujeres, “en conexión con el embarazo, la hospitalización y el periodo postnatal”.¹³ En ese mismo sentido, el Comité DESC incluye “velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y posnatal) e infantil” entre las obligaciones centrales del derecho a la salud.¹⁴

Además, los Estados tienen la obligación de eliminar las barreras jurídicas, económicas, sociales y culturales con respecto a los servicios de salud. Así, el Comité de la Cedaw ha explicado que “la negativa de un Estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria”.¹⁵ El Comité DESC ha expresado de forma parecida las obligaciones que tienen los Estados de “abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otro medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto”, con el objetivo de cumplir el derecho a la salud sin discriminación.¹⁶

Los actos y las omisiones del Gobierno en el área de los servicios de salud reproductiva, incluida la esterilización de las mujeres sin su consentimiento informado, la imposición de barreras para acceder a abortos seguros y legales, y el no abordar la mortalidad materna prevenible, violan el derecho a la salud y otros derechos humanos fundamentales. Estas cuestiones están en el núcleo de la estrategia de

13 Cedaw, artículos 12(1) y 16(1)(e).

14 Observación general 14, párr. 44(a).

15 Comité Cedaw, artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - La mujer y la salud (20º periodo de sesiones, 1999), UN/Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (2008), párr. 11.

16 Observación general 14, párr. 34.

demandas judiciales sobre derechos reproductivos del Centro, y son la base para los estudios de caso que se presentan en la próxima sección.

Estudios de casos sobre derechos reproductivos

Las demandas judiciales sobre derechos reproductivos transforman las normas generales de derechos humanos en protecciones concretas. Los procesos judiciales sobre casos individuales pueden usarse para hacer a los gobiernos responsables de sus compromisos internacionales sobre derechos humanos, al buscar remedios para las violaciones específicas de estos derechos y ordenar cambios legislativos y de política pública para prevenir su ocurrencia. Las demandas judiciales pueden ayudar también a definir y configurar el discurso público sobre cuestiones controvertidas, como el aborto. El Centro para los Derechos Reproductivos, en asociación con organizaciones locales no gubernamentales, ha sido pionero en el uso de las demandas judiciales sobre derechos reproductivos en el ámbito nacional, regional e internacional durante las dos últimas décadas, como parte de una estrategia activista y jurídica integral, para promover ese doble objetivo de compensar los daños a las víctimas y conseguir la creación internacional de normas.¹⁷ Esta sección examina estudios de caso específicos que el Centro ha litigado ante los tribunales o a los cuales ha brindado apoyo, sobre esterilización coercitiva, acceso al aborto y mortalidad materna, presentando los detalles del caso y ofreciendo un estudio crítico de los éxitos y los retos a la hora de implementar las órdenes judiciales, y también las consecuencias más amplias que esas decisiones han tenido para el Centro y para los esfuerzos activistas más amplios de sus socios.

Esterilización involuntaria

La esterilización quirúrgica es un método anticonceptivo permanente que, cuando es voluntaria, puede ser un medio efectivo de prevenir embarazos futuros indeseados. En comparación, las esterilizaciones que se realizan sin el consentimiento voluntario e informado del paciente causan un tremendo daño físico y psicológico. Las esterilizaciones involuntarias pueden ser coercitivas, cuando una persona da su consentimiento para ser esterilizada debido a incentivos, información errónea o intimidación; cuando es forzada, o cuando la persona es esterilizada sin su conocimiento, por ejemplo, durante otro proceso quirúrgico, como una cesárea. Las esterilizaciones involuntarias son

17 Para más información sobre emprendimiento normativo, véase Hannum (2004), Charnovitz (2006) y Keck y Sikkink (1998).

un fenómeno global y las poblaciones marginadas, como las minorías raciales o étnicas, las mujeres que padecen VIH y las personas con discapacidades son muchas veces objeto de políticas o prácticas de esterilización involuntaria porque serían consideradas “inadecuadas” para tener hijos.

María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú

Durante la presidencia de Alberto Fujimori en Perú, funcionarios peruanos esterilizaron de manera sistemática a miles de mujeres indígenas y pobres sin su consentimiento.¹⁸ María Mamérita Mestanza Chávez, una mujer de 33 años, de Cajamarca, fue una de las escogidas por los funcionarios del Gobierno para su esterilización. Los trabajadores del sector de la salud amenazaron a Mestanza y a su esposo con la cárcel y multas si no consentía la esterilización quirúrgica. Debido al acoso y las amenazas repetidas, Mestanza se sometió al procedimiento de esterilización, que fue realizado sin exámenes médicos previos. Después de que se le diera el alta del hospital, Mestanza tuvo graves complicaciones pero se le negaron servicios de salud adicionales y pocos días después de la cirugía murió de una infección posquirúrgica.¹⁹ En 1999, el Centro se asoció con otras organizaciones no gubernamentales²⁰ para intervenir en el proceso judicial del caso de Mestanza ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En octubre de 2003, el Gobierno de Perú firmó un acuerdo extrajudicial en el caso *María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú*, en el que se acordó pagar indemnizaciones individuales y generales.²¹ El Estado admitió su responsabilidad internacional por las violaciones de derechos humanos que habían ocurrido, en concreto contra los derechos a la vida, la integridad física y el trato humano, la igualdad de protección ante la ley y verse libre de violencia por razón de género. El acuerdo también contempló reparaciones individuales para la familia

18 El Defensor del Pueblo peruano ha documentado al menos 2.074 casos de esterilizaciones involuntarias entre 1996 y 2000, aunque las estimaciones oficiales indican que el número real puede ser mucho mayor. Véase, por ejemplo, Páez (2011).

19 Para una explicación más detallada de los hechos del caso, véase el acuerdo extrajudicial amistoso, *María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú*, Case 12.191, IACHR, Report 71/03 OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 5 rev. 2, 22 de octubre de 2003.

20 El Centro se asoció con el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (Cladem), el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (Demus), la Asociación Pro-Derechos Humanos (Aprodeh), y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) para presentar el caso Mestanza ante la CIDH.

21 *María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú*.

de Mestanza, que adoptaron la forma de una indemnización monetaria y una investigación administrativa y penal sobre las violaciones de los derechos de Mestanza. Además, el Gobierno de Perú estuvo de acuerdo en reformar sus leyes y políticas para fortalecer las protecciones de los derechos de los pacientes de los servicios de salud y para mejorar los mecanismos de responsabilidad por violaciones de derechos humanos.

El Gobierno peruano ha cumplido hasta ahora de manera parcial los términos de ese acuerdo extrajudicial amistoso. Perú le ha pagado al esposo de Mestanza y a sus hijos las indemnizaciones monetarias acordadas. Además, el Ministerio de Salud de Perú aprobó directrices sobre la salud sexual y reproductiva que desarrollaban, entre otras cosas, los derechos de los pacientes a no ser sometidos a ningún procedimiento de planificación familiar —lo que incluía la esterilización quirúrgica—, sin su consentimiento libre, voluntario e informado (Ministerio de Salud de Perú, 2004). No es claro si esas directrices se han implementado totalmente en el ámbito de los servicios de salud, pero las campañas de esterilización involuntaria terminaron. La investigación penal prometida languideció y al final fue archivada alegando la prescripción del caso (IACHR, 2009, p. 751). Sin embargo, las estrategias jurídicas y activistas llevadas a cabo ayudaron a generar una conciencia y una memoria públicas de estas violaciones de derechos humanos, que tuvieron efectos simbólicos y transformadores duraderos. En las elecciones presidenciales de Perú, en 2011, la candidata Keiko Fujimori fue hostigada por las campañas de esterilización voluntaria de su padre, y se ha sugerido que su débil respuesta frente a estas le puede haber costado la presidencia.²² Además, tras las elecciones de julio de 2011, el nuevo Gobierno de Perú anunció en octubre de ese año que comenzaría a tratar los casos de esterilización involuntaria como crímenes contra la humanidad (Associated Press, 2011); en noviembre de 2012, el Gobierno reabrió su investigación de los casos, incluido el de Mestanza (IACHR, 2014, p. 271). Sin embargo, hasta la fecha no ha habido ninguna resolución satisfactoria de la investigación penal. Se presentó una denuncia contra dos funcionarios de salud, pero la culpabilidad de las autoridades públicas no se ha establecido (IACHR, 2014, p. 272). Además, cualquier efecto que las campañas de esterilización hayan podido tener sobre la primera campaña de Keiko Fujimori a la presidencia en 2011, no pareció afectar su alta votación en las elecciones presidenciales de Perú en el 2016 (Cappaert, 2015).

22 Véase, por ejemplo, Sobrevilla (2011).

A. S. vs. Hungary

A. S., una húngara de origen romaní, fue llevada a un hospital porque estaba experimentando dolores de parto, su saco amniótico se había roto y tenía una hemorragia. Cuando llegó a la sala de admisiones del hospital se le informó que había tenido un aborto y que debía someterse a una cesárea de emergencia. Unos minutos después, en estado de *shock* y mareada por la pérdida de sangre, A. S. estaba en la mesa de operaciones y se le pidió su consentimiento por escrito para realizarle la cesárea. Sin que A. S. fuera consciente de lo que firmaba, la declaración contenía también una nota manuscrita ilegible que usaba la palabra latina para esterilización. Un tiempo después, A. S. supo que la habían esterilizado durante la cirugía, cuando le preguntó al médico si podría volver a quedar embarazada.²³

A. S., representada por el Centro Europeo para los Derechos de los Romaníes y el Legal Defence Bureau for National and Ethnic Minorities, presentó una demanda ante el Comité de la Cedaw²⁴ con el apoyo del Centro, que adjuntó una opinión técnica. La demanda de A. S. alegó que la esterilización nunca es una intervención médica necesaria para salvar la vida del paciente, para que tenga que realizarse sin el consentimiento del mismo. Al no haber conseguido el consentimiento pleno del paciente, Hungría había violado sus derechos a la información sobre planificación familiar, a la salud y a decidir libremente sobre el momento para tener hijos y cuántos.²⁵

En agosto de 2006, el Comité de la Cedaw dictó la primera decisión proveniente de un órgano internacional de derechos humanos en la que se reconocía que no conseguir el consentimiento pleno e informado en un procedimiento de salud reproductiva violaba derechos humanos fundamentales. El Comité recomendó medidas individuales y generales como reparaciones frente a las violaciones de los derechos de A. S. En concreto, el Comité ordenó una indemnización para A. S. “commensurado con la gravedad de las violaciones de sus derechos”.²⁶

Al principio, Hungría se negó a considerar apropiadamente las opiniones del Comité de la Cedaw y declaró que el pago de una indemnización no era factible porque los tribunales nacionales no habían

23 Para más información sobre los hechos del caso, véase la decisión final del Comité Cedaw, *A.S. vs. Hungary*, Cedaw Committee, Communication 4/2004, UN/Doc.Cedaw/C/36/D/4/2004 (2006).

24 A.S. presentó su demanda al Comité Cedaw con la ayuda del Legal Defence Bureau for National and Ethnic Minorities (NEKI) y el European Roma Rights Centre (ERRC).

25 Cedaw, artículos 10(h), 12, y 16(1)(e).

26 *A.S. vs. Hungary*, para 11.5.

encontrado ninguna violación de los derechos de A. S. No obstante, según el Comité de la Cedaw, las decisiones nacionales “nunca liberan a un Estado de su obligación de implementar la recomendación del Comité”, e instó al Estado a cumplir con sus recomendaciones en sus observaciones finales.²⁷ Después de un activismo continuo de los demandantes y del Centro, y también de un seguimiento reiterado por parte de los miembros del Comité de la Cedaw, Hungría cumplió la decisión y le pagó una indemnización a A. S.²⁸ Además de las reparaciones individuales, el Comité de la Cedaw recomendó que el Estado tomase medidas generales para ajustar su legislación nacional sobre consentimiento informado a los derechos humanos internacionales y los estándares médicos. Sin embargo, a pesar de las enmiendas a sus leyes nacionales tras la decisión, la Ley de Salud Pública húngara sigue permitiendo la esterilización sin consentimiento por “razones de salud”.²⁹ En sus observaciones finales más recientes, el Comité expresó su preocupación sobre el hecho de que la ley húngara todavía permite estas prácticas.³⁰ Al establecer que los Estados pueden ser declarados responsables por no proporcionar información necesaria para tomar decisiones informadas con respecto a los procedimientos médicos relacionados con la salud reproductiva, la decisión del Comité de la Cedaw ha tenido efectos transformadores y ha sido citada en procesos judiciales actuales y en los esfuerzos activistas para estimular a otros órganos, en particular a los regionales de derechos humanos, a fortalecer los estándares sobre consentimiento informado.³¹

27 Comité Cedaw, Summary record of the 801st meeting of Cedaw (Chamber A): Consideration of reports submitted by States parties (Hungary) (thirty ninth session, 2007), UN/Doc. Cedaw/C/SR.801 (A) at 4 (2007) (Summary Record of the 801st Meeting of Cedaw).

28 Carta de la Misión permanente de la República de Hungría ante la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos (20 de julio de 2009) (en el archivo del Centro para los Derechos Reproductivos).

29 Comité Cedaw, Consideration of the reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: Combined seventh and eighth periodic reports by States parties (Hungary), párr. 75, UN/Doc.Cedaw/C/HUN/7-8 (22 de septiembre de 2011).

30 Comité Cedaw, Concluding Comments of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Hungary, UN/Doc.Cedaw/C/HUN/CO/7-8, pp. 8-9 (2013).

31 Véase, por ejemplo, caso *V.C. vs. Slovakia*, App. 18968/07, ECHR, párr. 84 (2011) (donde se citan documentos de Cedaw que se refieren a *A.S. vs. Hungary* como uno de los materiales internacionales relevantes en un caso en el que la Corte determinó que el Gobierno había violado los derechos de la demandante a no ser sometida a la tortura y a la privacidad, al esterilizarla sin su consentimiento informado; *I.V. vs. Bolivia*, Case 12.655, IACHR, Report 72/14 (Aug. 15, 2014) (donde se cita *A.S. vs. Hungary*, un caso en el que se esterilizó a una

Acceso al aborto

Hay dos barreras críticas que inhiben el acceso de las mujeres a procedimientos abortivos seguros y legales: las leyes restrictivas que criminalizan el aborto en todas o en casi todas las circunstancias, y barreras regulatorias y prácticas al aborto cuando este es legal. Teniendo en cuenta la naturaleza conflictiva del aborto, la estrategia de demandas judiciales del Centro al respecto ha sido denunciar los efectos dañinos que esas prohibiciones tienen sobre las vidas de las mujeres, y presionar para que haya un aumento paulatino de los derechos al aborto. Esta sección se concentra en casos en los que el acceso al aborto es legal, puesto que esos son los únicos casos en el ámbito internacional que están en la etapa de implementación.

Tysiāc vs. Poland

Alicja Tysiāc, de nacionalidad polaca, sufría de una grave miopía. Al quedar embarazada por tercera vez, consultó con tres oftalmólogos, que concluyeron que llevar a término el embarazo ponía en grave riesgo su visión. Después de algunas dificultades, Tysiāc consiguió por fin una prescripción médica para que se le practicara un aborto, que es un requisito según el derecho polaco para poder conseguir un aborto terapéutico. Aun contando con la prescripción médica, el director del departamento de ginecología y obstetricia de una clínica de Varsovia negó la solicitud de Tysiāc, alegando que no había razones médicas para practicarle el aborto. No había procedimiento para apelar la decisión del médico, así que Tysiāc tuvo que terminar su embarazo. Como le habían pronosticado, después del parto su vista empeoró gravemente, al punto de quedar calificada como una persona con una discapacidad grave según el sistema de seguridad social de Polonia.³²

Con la representación jurídica de Interights y de abogados polacos, Tysiāc presentó su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal Europeo) en 2003. El Centro actuó como coadyuvante (*amicus curiae*) en el caso. El Tribunal Europeo declaró que el Estado había violado los derechos de Tysiāc a la intimidad y a un recurso efectivo, y ordenó una indemnización monetaria para Tysiāc por las violaciones

mujer durante una cesárea, para respaldar la posición de que el consentimiento informado exige un proceso de comunicación entre el profesional de la salud y el paciente, y no debe buscarse mientras este se encuentre en estado de estrés quirúrgico); *F.S. vs. Chile*, P-112-09, IACHR, Petitioner's Brief (archivado por el Centro para los Derechos Reproductivos).

32 Para una explicación más detallada de los hechos del caso, véase la sentencia definitiva del TEDH en el caso *Tysiāc vs. Poland*, App. 5410/03, ECHR (24 de septiembre de 2007).

sufridas. Además, el Tribunal dispuso el establecimiento de un mecanismo de apelación efectivo que revisara los casos en los que hubiera un desacuerdo con respecto a las condiciones para practicarse un aborto legal. Asimismo, estableció cuatro elementos clave del mecanismo de apelación que Polonia tenía que incorporar para satisfacer sus obligaciones: la revisión debía realizarse por un órgano independiente, las opiniones de la embarazada debían tenerse en cuenta, la decisión debía constar por escrito y tenía que tomar una decisión en un plazo razonable teniendo en cuenta las circunstancias.³³ Polonia pagó la indemnización completa. En 2009, adoptó también una legislación sobre los derechos de los pacientes a objetar la decisión del doctor ante un consejo médico y afirmó que esa legislación ajustaba su derecho a lo dispuesto en la sentencia *Tysiąc*. Aunque la ley modificada, en su letra, cumple dos condiciones de la decisión —una comisión independiente debe escuchar las opiniones de la embarazada y formular su decisión por escrito—, la eficiencia y la accesibilidad del mecanismo fueron consideradas insuficientes debido a los plazos exigidos para tomar una decisión con respecto a los abortos terapéuticos y las pruebas prenatales (Committee of Ministers, 2015, p. 161). Por tanto, el Comité de Ministros, el órgano que supervisa el cumplimiento de las decisiones del Tribunal Europeo, continúa siguiendo la implementación de la sentencia. El Centro y su socio local, la Federación para la Mujer y la Planificación Familiar en Polonia, desarrollaron estrategias activistas específicas para fortalecer el cumplimiento, como la entrega de opiniones técnicas sobre la nueva ley al Comité de Ministros; como resultado de estas estrategias activistas, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud publicó un informe sobre el derecho a la salud en Polonia en el año 2010, que se ocupó de la situación del aborto y criticó la inacción del Estado a la hora de implementar las medidas generales de la sentencia *Tysiąc*.³⁴

Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México

Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, una niña de 13 años de México, fue violada durante un robo domiciliario. Paulina quedó embarazada a consecuencia de la violación, lo cual era una de las causas que permitía un aborto legal según el Código penal de Baja California, el estado mexicano en el que vivían Paulina y su familia. Paulina informó de la

33 *Idem*, pp. 117-118.

34 OHCHR, Report of the Special Rapporteur on the right to the highest attainable standard of physical and mental health: Mission to Poland (Fourteenth session, 2010), UN/Doc.A/HRC/14/20/Add.3 (2010), párr. 11-12.

violación a la Fiscalía, con el propósito de obtener la autorización necesaria para un aborto legal. Sin embargo, después de ser admitida en el hospital para realizarse el aborto, los empleados del mismo retrasaron el procedimiento y usaron diversas tácticas para presionar a Paulina a que no se lo realizara. Cuando insistió en su deseo de acabar con el embarazo, el personal del hospital le dio a Paulina y a su madre información falsa sobre los peligros físicos de realizarse un aborto, lo que acabó por asustarla y le hizo llevar a término el embarazo.³⁵ El Centro, junto con sus socios locales,³⁶ presentaron el caso de Paulina ante la CIDH, y en 2006 las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial amistoso.

En el acuerdo amistoso, el Gobierno mexicano aceptó medidas individuales y generales. El Estado estuvo de acuerdo en reconocer públicamente que había violado los derechos humanos de Paulina al no facilitarle el acceso a un aborto legal.³⁷ El acuerdo amistoso también dispuso una indemnización monetaria para Paulina y le exigió a México adoptar medidas generales para prevenir que ocurrieran violaciones parecidas en el futuro.³⁸

El Gobierno mexicano pagó las indemnizaciones monetarias a Paulina. El secretario de Salud aprobó una circular que instaba a todos los estados mexicanos a garantizar el acceso al aborto cuando fuera legal, para garantizar el cumplimiento del acuerdo en el caso Paulina (IACHR, 2009, p. 681). No está claro en qué medida se ha implementado esa circular en el ámbito estatal, pero al menos en un caso las autoridades del estado de Sinaloa le concedieron a una niña de 12 años, violada, acceso a un aborto legal para evitar otro caso Paulina (GIRE, 2005, p. 9). También, como respuesta al acuerdo extrajudicial, Baja California aprobó normas reglamentarias para facilitar el acceso al aborto a las víctimas de violación, pero esas normas nunca se publicaron y sus efectos no están claros. A pesar de la falta de claridad sobre los efectos de estas normas reglamentarias, la CIDH considera que México ha cumplido plenamente con el acuerdo (IACHR, 2015, p. 88).

35 Para una explicación completa de los hechos de este caso, véase el acuerdo extrajudicial amistosos del caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto *vs.* México, caso 161-02, IACHR, Report 21/07, OEA/Ser.L/V/II.130 Doc. 22, rev. 1, 29 de diciembre de 2007.

36 El Centro se asoció con la ONG mexicana Alaíde Foppa y con el Information Group on Reproductive Choice (GIRE) para presentar la demanda de Paulina ante la CIDH.

37 Véase la declaración publicada en el *Periódico Oficial del Estado – Gobierno de Baja California* (Reconocimiento público de responsabilidad: Paulina Ramírez Jacinto, P-161/02, 10 de febrero de 2006).

38 Paulina del Carmen Ramírez Jacinto *vs.* México.

El acuerdo extrajudicial en el caso Paulina ha tenido también efectos transformadores más allá de los hechos específicos del caso. Al caso Paulina se le acredita en gran parte haber cambiado el discurso público sobre el aborto en México, un efecto que contribuyó en gran medida a su descriminalización en la Ciudad de México en 2007 (GIRE, 2008, pp. 12-14). Hay que señalar, sin embargo, que ese efecto transformador no ha sido totalmente positivo. El debate renovado sobre el aborto y su descriminalización en Ciudad de México también ha contribuido a una reacción contra el aborto en varios estados mexicanos. Esa reacción negativa llevó a la aprobación de enmiendas constitucionales que protegen la vida desde la concepción, con el propósito de impedir la liberalización de las leyes sobre el aborto de esos estados (Cook, 2010, p. 1).

Los casos Tysiāc y Paulina han tenido efectos transformadores fuera de sus propios países. Ambos fueron usados para apoyar la decisión del Tribunal Supremo de Nepal en el caso Lakshmi Dhikta *vs.* Nepal, que declaró que el Gobierno tiene la obligación de garantizar el acceso de las mujeres a un aborto legal seguro y económico.³⁹ Tysiāc también ha sido fundamental para definir cuál sería la estructura de un mecanismo apropiado de compensación para las mujeres a las que se les niegue un aborto legal y a esos efectos fue citado por el Comité de la Cedaw en su decisión de 2011 en el caso L.C. *vs.* Perú.⁴⁰

K. L. vs. Perú

K. L., una niña peruana de 17 años, tenía varios meses de embarazo cuando le diagnosticaron anencefalia al feto, una grave anomalía fetal incompatible con la vida fuera del útero materno. La continuación del embarazo era peligrosa para la vida de K. L. y para su salud física y mental, y su médico recomendó ponerle fin al embarazo. A pesar de esos riesgos y de la recomendación del médico, las autoridades hospitalarias le negaron un aborto terapéutico legal⁴¹ a K. L. y tuvo que llevar a término el embarazo. Después del nacimiento, el personal del hospital obligó a K. L. a amantar al niño anencefálico durante cuatro días, tras lo cual, como se había anticipado, el niño murió. K. L. sufrió graves consecuencias psicológicas debido a esos hechos.⁴²

39 Lakshmi Dhikta *vs.* Government of Nepal, 2007 Writ 0757, 2067, Tribunal Supremo de Nepal.

40 L.C. *vs.* Perú, Comité Cedaw, Communication 22/2009, UN/Doc.Cedaw/C/50/D/22/2009 at 8.17 (2011).

41 El Código Penal de Perú permite el aborto cuando sea necesario para preservar la vida o la salud de la mujer. Decreto Legislativo 635, Código Penal de Perú, artículo 119.

42 Para más información sobre los hechos del caso, véase la comunicación

El Centro y sus socios locales⁴³ presentaron el caso de K. L. ante el Comité de Derechos Humanos. En la primera decisión sobre el aborto que haya tomado un órgano internacional de derechos humanos, el Comité declaró que al negarle acceso a un aborto legal, Perú había violado los derechos de K. L. a verse libre de tortura o de un trato cruel, inhumano o degradante; a la intimidad y a la protección especial como menor. En sus recomendaciones, el Comité pidió una indemnización para K. L., además de medidas generales para prevenir violaciones parecidas en el futuro.⁴⁴

Durante algún tiempo, Perú no cumplió las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos; estas no señalan una cantidad específica para la indemnización y los intentos para negociar una compensación justo después de la decisión acabaron por bloquearse. La cantidad propuesta por Perú estaba muy por debajo de los estándares internacionales para las violaciones de esos derechos, y K. L. era reticente a aceptar la oferta de indemnización si no había cambios estructurales más generales. En consecuencia, se rechazó la oferta y, en ese momento, no se pagó ninguna indemnización. Además, aunque había una buena disposición por parte de los funcionarios superiores de ocuparse de los problemas estructurales subrayados por la decisión del Comité de Derechos Humanos, hubo órdenes de no avanzar en la solución.⁴⁵

A pesar de estos obstáculos a la implementación, el Centro y sus socios locales continuaron participando en estrategias legales y activistas para conseguir la plena implementación de la sentencia, y Perú está ahora tomando las medidas para cumplirla. En 2014, adoptó directrices técnicas sobre aborto terapéutico, dirigidas claramente a evitar violaciones parecidas a la experimentada por K. L. y que deberían facilitar el acceso al aborto legal (como solicitaba la decisión del Comité de la Cedaw en *L. C. vs. Perú*,⁴⁶ un caso adicional de la misma clase que el Centro y sus asociados presentaron como parte de una estrategia de activismo jurídico). Sin embargo, los efectos de esas directrices en

final del Comité de Derechos Humanos en *K. L. vs. Perú*; Comité de Derechos Humanos, Communication 1153/2003, UN/Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005).

43 El Centro se asoció con Demus y Cladem para presentar la queja K. L. ante el Comité de Derechos Humanos.

44 *K. L. vs. Perú*, párr. 8.

45 Esta valoración está basada en las conversaciones que el Centro y sus socios han tenido con la Secretaría del Comité de Derechos Humanos y funcionarios del Estado.

46 *L.C. vs. Perú*, Comité CEDAW, Communication 22/2009, UN/Doc.Cedaw/C/50/D/22/2009 (2011).

las instituciones de salud están por verse. Además, en septiembre de 2010, activistas locales presentaron una demanda para presionar la implantación nacional de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, y en enero de 2015 un tribunal peruano dictó una decisión en ese caso en la que determinó que Perú estaba obligado legalmente a acatar la decisión del Comité.⁴⁷ La decisión de la Corte exige que el Estado le pague una indemnización a K. L., haga pública la decisión del Comité en el caso, y garantice la implementación de las directrices sobre aborto terapéutico. Esta decisión abre el camino para que K. L. reciba una indemnización monetaria y para que se implementen los remedios generales pedidos en las recomendaciones del Comité.

Además, los estándares establecidos en la decisión K. L. han tenido efectos transformadores significativos y han sido citados en decisiones fundamentales que liberalizan las leyes sobre el aborto o declaran la validez de dichas leyes en todo el mundo.⁴⁸ La decisión ha reconfigurado también el diálogo sobre el aborto en la comunidad de derechos humanos. En 2007, por ejemplo, Amnistía Internacional abandonó su posición neutral sobre el tema y pasó a considerar que las leyes restrictivas del aborto eran violaciones de derechos humanos (Milmo, 2007). Los informes de la organización que se ocupaban de las prohibiciones absolutas del aborto citaban a K. L. para apoyar su posición de que el derecho internacional de los derechos humanos apoya la liberalización de las leyes sobre el aborto (Amnesty International, 2014, p. 23; 2015, p. 104).

Mortalidad materna

La mortalidad materna prevenible se ha reconocido progresivamente como un problema de derechos humanos por varios órganos regionales e internacionales de derechos humanos, como se advierte en las observaciones finales aprobadas por los órganos de supervisión de los tratados de las Naciones Unidas,⁴⁹ varias resoluciones innovadoras del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁵⁰ y un reciente

47 9º Juzgado Constitucional [Juzg. Const.], 21 de enero de 2015, "Noelia Karin Llantoy Huaman vs. Ministerio de Justicia y Ministerio de Salud / Acción de Amparo" (Per.).

48 K. L. vs. Perú fue citado en las decisiones de la Corte Constitucional colombiana y la Corte Constitucional de la República Eslovaca sobre la liberalización de las leyes sobre aborto; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, de 10 de mayo de 2006; Corte Constitucional de la República Eslovaca, PL. ÚS 12/01-297, de 4 de diciembre de 2007.

49 Para un estudio completo de las decisiones de los órganos de los tratados de las Naciones Unidas sobre mortalidad materna evitable, véase Center for Reproductive Rights (2008).

50 H.R. Council Res. 11/8, UN/Doc.A/HRC/11/L.16/Rev.1 (junio 16 de 2009);

informe de la CIDH (Inter-American Commission, 2010). Aprovechando el impulso generado por esos cambios, los abogados activistas defensores de los derechos humanos han comenzado a presentar casos individuales durante la última década para darle significado a las protecciones constitucionales e internacionales de derechos humanos relevantes para la mortalidad materna. Teniendo en cuenta que este es un enfoque relativamente nuevo, no ha habido muchas decisiones finales hasta ahora. Los estudios de caso seleccionados para esta sección incluyen aquellos en los cuales no hay una decisión final, entre los que está un caso en el que las órdenes provisionales tuvieron efectos tangibles, antes de que se aprobara la decisión final.

Demandas judiciales nacionales sobre mortalidad materna en India

En India ocurre casi un quinto de todas las muertes maternas en el mundo (WHO, 2014, p. 1). El Estado indio ha desarrollado políticas nacionales pensadas para reducir la mortalidad y la morbilidad materna mediante una mejora en el acceso y en la calidad de los servicios de salud materna, pero esas políticas no han sido implementadas apropiadamente. En un esfuerzo por subrayar la naturaleza sistémica de los problemas, los activistas locales con representación legal de la Human Rights Law Network (HRLN), con el apoyo técnico e intervenciones como terceros por parte del Centro, han estado implementando una estrategia de derecho de interés público (DIP) desde 2007. Esta estrategia se ha convertido en una vigorosa iniciativa de demandas judiciales sobre derechos reproductivos con más de cuarenta casos de DIP presentados, entre los cuales hay varios que abordan los servicios de salud materna.⁵¹

Como consecuencia de esta estrategia, en 2010, el Tribunal Superior de Delhi dictó una decisión histórica en un proceso en el que acumuló los casos de dos mujeres a los que se les negaron servicios de salud materna debido a varios factores, como la imposibilidad de pagar tasas hospitalarias.⁵² Después de experimentar una muerte intrauterina, Shanti Devi fue rechazada por los hospitales y obligada a

H.R. Council Res. 15/17, UN/Doc.A/HRC/15/L.27 (septiembre 27 de 2010); H.R. Council Res. 18/11, UN/Doc.A/HRC/18/L.8 (septiembre 23 de 2011); H.R. Council Res. 21/6, UN/Doc.A/HRC/21/L.10 (septiembre 21 de 2012); H.R. Council Res. 27/11, UN/Doc.A/HRC/27/L.19/Rev.1 (septiembre 24 de 2014).

51 Para mayores detalles de la Reproductive Rights Initiative del HRLN, véase <http://hrln.org/hrln/reproductive-rights/the-initiative.html>.

52 High Court of Delhi, *Laxmi Mandal vs. Deen Dayal Hospital and others*, W.P.(C) 8853/2008, y *Jaitun vs. Maternity Home MCD, Jangapura and others*, W.P.(C) 10700/2009.

cargar al feto muerto dentro de ella por unos cinco días, antes de recibir por fin los servicios de emergencia de obstetricia. Shanti Devi nunca recibió servicios médicos de seguimiento o consejería y, poco tiempo después, volvió a quedar embarazada y falleció durante un parto sin asistencia médica. Fatema, una mujer que padecía epilepsia y anemia, fue obligada a dar a luz sin asistencia debajo de un árbol, tras haber sido rechazada por un hospital cuando estaba ya de parto.

La decisión del Tribunal afirma que la mortalidad y la morbilidad materna son cuestiones de derechos humanos, y que el Gobierno tiene la obligación de eliminar las barreras de acceso a los servicios de salud materna. El Tribunal concedió medidas individuales para las demandantes y también medidas generales dirigidas a fortalecer la implementación de sistemas de asistencia de salud materna e infantil para facilitar un mayor acceso a los servicios de salud para las mujeres pobres. La indemnización monetaria se ha pagado en su totalidad; no obstante, las medidas generales, que facilitarían la implementación de los sistemas de incentivos monetarios a fin de promover el cuidado prenatal y de parto para las mujeres embarazadas que están por debajo de la línea de pobreza, todavía están pendientes. Sin embargo, el Tribunal sigue con la supervisión de la implementación de estas medidas, y en 2013 dictó una decisión declarando al Gobierno en desacato por no haberlas implementado apropiadamente.⁵³ El HLRN continúa presentando casos para impulsar la implementación de estos sistemas;⁵⁴ además, la decisión de la Corte de que negar servicios de salud materna viola los derechos humanos y constitucionales fundamentales establece un importante precedente, jurídico y simbólico, para garantizar que la mortalidad materna sea demandable ante los tribunales. Varios meses después de su decisión en estos casos, el Tribunal Superior de Delhi inició de oficio procedimientos para ocuparse de la discriminación y de la negativa a prestar servicios de salud a las mujeres sin hogar, en particular a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, y dictó órdenes provisionales al Gobierno de Delhi para establecer albergues que proporcionen asistencia médica apropiada y otros servicios a las mujeres pobres en estas condiciones.⁵⁵

53 Para más información sobre la audiencia por desacato, véase <http://hrln.org/hrln/reproductive-rights/pils-a-cases/1210-delhi-high-court-orders-union-of-india-and-nct-of-delhi-and-to-provide-entitlements-to-below-poverty-line-women-within-6-weeks-finds-the-governments-stand-unacceptable.html>.

54 Véase, por ejemplo, High Court of Delhi, *Bilkis and Anr vs. Govt of NCT of Delhi and others*, W.P. (C) 4200/2015, presentado en abril de 2015.

55 High Court of Delhi, *Court of its own Motion vs. U.O.I.*, W.P. (C) 5913/2010.

El caso de Sandesh Bansal *vs.* Union of India and others es otro de esos ejemplos. Madhya Pradesh tiene una de las peores tasas de mortalidad materna en la India, y los activistas locales demandaron al Estado para que efectuara cambios estructurales.⁵⁶ Aunque el proceso judicial todavía no ha concluido ante el Tribunal Superior de Madhya Pradesh, ese Tribunal llevó a cabo una investigación sobre la implementación de los estándares de salud pública y profirió órdenes provisionales. Aun antes de que se dictara la decisión final del caso, el estado comenzó a implementar los remedios generales pedidos en las órdenes provisionales, y aprobó una licencia para un banco hospitalario de sangre, esperado desde hace largo tiempo, y la construcción de un tanque de agua para ayudar a un centro de atención primaria de salud a cumplir con los estándares aplicables.⁵⁷ En 2012, la Corte dictó sentencia sobre el caso, y le pidió al Gobierno tomar medidas específicas para ocuparse de la mortalidad materna, como garantizar prestadores especializados de servicios de salud las veinticuatro horas, mejorar la infraestructura básica para proporcionar ininterrumpidamente agua y electricidad, garantizar acceso a transporte de emergencia para las comunidades locales, proporcionar vacunas a las embarazadas y los recién nacidos, y hacerle seguimiento a los expedientes de los pacientes.⁵⁸ A diferencia de otros estudios de caso incluidos aquí, Sandesh Bansal se concentró de manera exclusiva en los cambios estructurales y no en un caso de una mujer concreta, por lo que solo contempla medidas generales y no indemnizaciones monetarias. Aunque las medidas generales no se han cumplido totalmente, el Tribunal continúa supervisando la implementación. En 2013, HLRN presentó una demanda de seguimiento para impulsar la implementación completa de las órdenes del Tribunal,⁵⁹ que está pendiente de decidirse por el Tribunal Superior de Madhya Pradesh.

Alyne da Silva Pimentel vs. Brazil

Alyne da Silva Pimentel, una mujer brasileña pobre, de ascendencia africana, murió por causas evitables asociadas al embarazo tras haberse negado servicios oportunos de obstetricia de emergencia. Alyne primero acudió a los servicios de salud al experimentar graves síntomas de dolor y náuseas durante su sexto mes de embarazo. Sin ser admitida

56 Sandesh Bansal *vs.* Union of India and others, W.P. 9061/2008.

57 Para más información sobre la implementación de estos y otros casos sobre mortalidad materna presentados ante tribunales de la India, véase Center for Reproductive Rights y Human Rights Law Network (2011).

58 Sandesh Bansal *vs.* Union of India and others, W.P. 9061/2008.

59 *Ibid.*, W.P. 11860/2013.

y mucho menos examinada, fue enviada a su casa con medicación antiemética y vitaminas. Dos días después volvió al hospital y los prestadores del servicio de salud descubrieron que el corazón del feto había dejado de latir. Después de un retraso de catorce horas, a pesar de que el estándar médico exige la cirugía inmediata, los prestadores del servicio operaron a Alyne para sacarle el feto muerto. Tras la cirugía, Alyne tuvo una hemorragia, su estado empeoró y después de más retrasos y más negligencia por parte de los prestadores de salud, murió.⁶⁰

En noviembre de 2007, el Centro y el Citizens' Advocacy for Human Rights (Advocaci), su socio local, presentaron el caso ante el Comité de la Cedaw, y alegaron violaciones de los derechos de Alyne, entre otros, de su derecho a la vida y a la salud. *Alyne da Silva Pimentel vs. Brazil* es el primer caso presentado ante un órgano de derechos humanos de las Naciones Unidas que articula la mortalidad materna como una violación de derechos humanos y busca hacer responsable al Gobierno por el fracaso sistemático a la hora de prevenir las muertes maternas. En una decisión histórica, el Comité de la Cedaw determinó que Brasil había violado los derechos de Alyne a la salud, a verse libre de discriminación y al acceso a la justicia, y pidió una indemnización para su familia, además de medidas generales que garantizaran el derecho de las mujeres a una maternidad segura y a un acceso económico a servicios de obstetricia de emergencia apropiados, prestar formación profesional adecuada para los trabajadores de la salud, garantizar que las instalaciones privadas de salud cumplan con los estándares nacionales e internacionales sobre servicios de salud reproductiva, y garantizar que se impongan sanciones a los profesionales de la salud que violen los derechos reproductivos de las mujeres.⁶¹

Aun antes de que se dictara una decisión final, el Centro y sus socios habían iniciado una estrategia activista complementaria para llamar la atención internacional sobre el problema, fortalecer los estándares internacionales, incluyendo presión para adoptar las mencionadas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, y hacer trabajo de base en Brasil para una implementación exitosa de la decisión en caso de que fuera favorable. Como resultado de esta estrategia, y de un seguimiento focalizado posterior, Brasil ha implementado varios elementos de la sentencia desde que se dictó la decisión, en 2011. En

60 Para mayores detalles sobre los hechos del caso, véase el resumen del Center for Reproductive Rights, en <http://reproductiverights.org/en/case/alyne-da-silva-pimentel-v-brazil-committee-on-the-elimination-of-discrimination-against-women>.

61 *Alyne da Silva Pimentel vs. Brazil*, Cedaw Committee, Communication 17/2008, UN/Doc.Cedaw/C/49/D/17/2008 (2011).

concreto, en marzo de 2014, Brasil le pagó una indemnización a la madre de Alyne y reconoció públicamente la responsabilidad del Estado por la muerte de su hija. Poco después, la UCI materna de un hospital recién inaugurado recibió el nombre de Alyne y se colocó una placa en la que se lee lo siguiente: “La ICU Materna Alyne da Silva Pimentel: reparación simbólica y reconocimiento de una muerte evitable. Por la mejora de la calidad del tratamiento para la salud de las mujeres”. El Gobierno brasileño no ha cumplido plenamente con las medidas generales descritas en la decisión del Comité de la Cedaw. Sin embargo, el Estado ha tomado medidas para ocuparse de la mortalidad materna en el país mediante la adopción de un plan conocido como Rede Cegonha, cuya implementación comenzó en 2011.⁶²

El caso, que dio lugar a la primera decisión internacional sobre mortalidad materna como cuestión de derechos humanos, tuvo también efectos transformadores en el discurso al respecto. Como explicó un académico, la decisión “ha llevado a un giro en la forma de comprender las muertes maternas como un asunto de injusticia social, que las sociedades están obligadas a solucionar”, y no como algo que puede “ser explicado por el destino, por designio divino o como algo que está [...] más allá del control humano” (Cook, 2013, p. 109). Al reformular la mortalidad materna como un imperativo de derechos humanos, en lugar de como una preocupación de salud pública, los Estados tienen ahora la obligación legal de ocuparse de la mortalidad materna evitable, y pueden ser declarados responsables si no toman las medidas necesarias para prevenirla.

¿Qué factores mejoran o dificultan la implementación?

Las sentencias en cada uno de los estudios de caso presentados han sido parcialmente implementadas si se ven como una unidad, pero algunas medidas han sido totalmente implementadas, otras solo en parte y otras no lo han sido en absoluto. Esta sección analiza algunos de los factores clave que mejoran o dificultan la implementación de las sentencias sobre derechos reproductivos, en concreto el diseño de los órganos que dictan la decisión, la naturaleza de las medidas concedidas, la atención pública recibida por el asunto y el entorno social, político y cultural.

62 Para más información sobre la implementación en Brasil de su programa Rede Cegonha sobre salud maternal, véase the Center for Reproductive Rights’ Interim Report for the Fifty-Seven (57th) Session of the Cedaw Committee, on the Concluding Observations of the Cedaw Committee to the Brazilian State during its Fifty-First (51st) Session.

Variaciones en la estructura y en los mecanismos procesales de los órganos decisorios pueden tener efectos significativos en el grado en el que se implementan las sentencias. Varios elementos del diseño institucional pueden mejorar la implementación de medidas directas, como las reparaciones individuales o las reformas sistémicas, mientras que otros ayudan a que medidas transformadoras tengan efectos profundos y extensos.

En el ámbito supranacional, los mecanismos que facilitan la relación directa con el Estado parte pueden mejorar la implementación del resultado final. Cuando un Estado ha participado en las negociaciones y ha firmado un acuerdo final, puede ser más probable que el resultado se considere legalmente vinculante y, por consiguiente, se esté más inclinado a respetarlo.⁶³ El Reglamento de Procedimiento de la CIDH, por ejemplo, le da competencia para facilitar las negociaciones entre el demandante y el Estado con el consentimiento de ambas partes. Si el Estado y la víctima llegan a un acuerdo extrajudicial amistoso “basado en el respeto por los derechos humanos reconocidos” en los tratados regionales, la Comisión aprobará un informe con un resumen de los hechos del caso y el resultado final.⁶⁴ El Tribunal Europeo sigue un proceso parecido mediante el cual la víctima y el Estado parte pueden entrar en negociaciones en un esfuerzo por llegar a un acuerdo amistoso.⁶⁵ En cambio, la mayoría de los órganos de supervisión de los tratados de las Naciones Unidas no tienen un mecanismo vigente para facilitar negociaciones conducentes tales acuerdos.⁶⁶ Además, un acuerdo extrajudicial negociado puede producir medidas individuales

63 Un estudio del cumplimiento estatal de las diferentes clases de remedios aprobados por la CIDH encontró que las indemnizaciones monetarias reconocidas en acuerdos extrajudiciales amistosos tenían una tasa de implementación del 88 %, comparada con la tasa del 58 % que tenían las reparaciones monetarias concedidas mediante una decisión, lo que apoyaría la afirmación de que hay una mayor probabilidad de que los Estados implementen los remedios cuando han participado en negociaciones directas para acordarlos (Baluarte y De Vos, 2010, p. 66).

64 IACHR, Rules of Procedure of the Inter-American Commission on Human Rights, artículo 40, 137th Session (noviembre 13 de 2009).

65 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal Europeo), Rules of Court, regla 36 (abril 1 de 2011).

66 Una excepción es el Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que incluye efectivamente una cláusula que prevé los acuerdos extrajudiciales amistosos, pero ese protocolo solo entró en vigor en mayo de 2013, así que la eficacia de esos acuerdos amistosos todavía está pendiente de evaluación.

más específicas que, como se analiza luego, pueden facilitar también un mayor cumplimiento.

De los estudios de caso presentados en este capítulo, dos de ellos, María Mamérita Mestanza Chávez *vs.* Perú y Paulina Ramírez *vs.* México, terminaron con un acuerdo extrajudicial amistoso. Esos dos acuerdos extrajudiciales proporcionan una variedad de medidas, como indemnizaciones monetarias para el demandante, medidas generales para prevenir otras violaciones y reconocimiento de que el Estado violó los derechos humanos de la víctima. En ambos casos, el Estado le ha pagado al demandante lo acordado y ha reconocido haber violado los derechos humanos de la víctima. En cuanto a las medidas generales acordadas en ambos acuerdos, México habría cumplido en su totalidad, mientras que el cumplimiento de Perú sería parcial. En el caso de Paulina se aprobaron normas reglamentarias para facilitar el acceso al aborto en Baja California, el estado en el que tuvieron lugar las violaciones, aunque esas normas nunca fueron publicadas formalmente. Además, el secretario de Salud aprobó una circular en la que instaba a todos los estados mexicanos a garantizar el acceso al aborto donde fuera legal, con el fin de asegurar el cumplimiento del acuerdo Paulina. Tras el acuerdo en el caso Mestanza, fueron divulgadas directrices sobre salud reproductiva y sexual, pero sus efectos a largo plazo a la hora de proteger los derechos de los pacientes son más difíciles de evaluar.

Otro elemento del diseño institucional que podría mejorar la implementación es la existencia de mecanismos de supervisión o seguimiento. Mecanismos más fuertes para supervisar y evaluar el cumplimiento pueden fortalecer la implementación de las sentencias sobre derechos reproductivos. El mecanismo de DIP en India es un ejemplo de cómo la supervisión continuada puede ayudar a la implementación de las órdenes judiciales sobre casos DESC. El DIP no fue pensado como mecanismo de enfrentamiento judicial, sino más bien para “promover y reivindicar” los derechos de las personas desfavorecidas social y económicamente (Center for Reproductive Rights y Sood, 2006, p. 24). Puesto que las sentencias de DIP están dirigidas sobre todo a corregir problemas sistémicos que prevengan las violaciones futuras, estos casos suelen producir varias órdenes provisionales que permiten al juez encargado mantener abierto el caso y supervisar continuamente el grado en el que el Gobierno ha cumplido con la decisión (Center for Reproductive Rights y Avani Sood, 2006, p. 28). Como explicó un exmagistrado del Tribunal Supremo de la India, esta estrategia les permite a los jueces “mantener un caso abierto y ordenarle a la autoridad realizar ciertas acciones e informar sobre ellas, de forma que todo el tiempo tienes el aliento de la autoridad en la nuca” (Center for Reproductive

Rights y Avani Sood, 2006). En el caso de Sandesh Bansal *vs.* Union of India and others, la Corte aprobó órdenes provisionales que facilitaron la construcción de un banco de sangre hospitalario y un tanque de agua antes de que el tribunal dictara su sentencia final sobre el caso. La capacidad de ese Tribunal de mantener el caso abierto y de vigilar de cerca el cumplimiento de las órdenes provisionales tuvo efectos importantes en la implementación de esos cambios estructurales, y puede hacer incluso más fácil para el Tribunal exhortar al cumplimiento, como prueba el hecho de que los cambios estructurales ordenados en la decisión final del caso no hayan sido plenamente implementados.

Los órganos regionales de derechos humanos han recurrido también a los mecanismos de seguimiento para promover la implementación de sus decisiones finales. La implementación de las sentencias aprobadas por el Tribunal Europeo es supervisada por el Comité de Ministros, un órgano político del Consejo de Europa que también tiene la autoridad de supervisar las admisiones al Consejo de Europa, entre otras responsabilidades. El Comité de Ministros realiza una revisión continua de las sentencias del Tribunal Europeo, entre otras responsabilidades (Committee of Ministers, 2009, p. 20). En especial, el Reglamento del Comité de Ministros dispone de manera expresa en lo relativo a la supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo la participación de la sociedad civil y las instituciones nacionales encargadas de los derechos humanos.⁶⁷ En el caso de *Tysiãc vs. Poland*, el Estado ha argumentado que una nueva ley que permite a los pacientes apelar las decisiones relativas a los tratamientos médicos respeta la decisión del Tribunal Europeo. Al respecto, el Centro y su socio han presentado información de apoyo al Comité de Ministros que muestra por qué esa ley no cumple con los términos de la sentencia del Tribunal, y el Comité de Ministros continúa manteniendo abierto el caso hasta que el Estado pueda mostrar que los cuatro elementos del mecanismo de apelación exigidos por el Tribunal Europeo han sido cumplidos.

La CIDH es responsable directa de supervisar el cumplimiento de sus recomendaciones por los Estados y tiene competencia para supervisar los acuerdos extrajudiciales amistosos, por ello la Comisión reconoce sus funciones en el seguimiento y la supervisión del cumplimiento de cada uno de los elementos de un acuerdo negociado,⁶⁸ las cuales cumple mediante entregas periódicas de las partes y reuniones

67 Consejo de Europa, Comité de Ministros, Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, 9(2) (mayo 10 de 2006).

68 María Mamérita Mestanza Chávez *vs.* Perú, párr. 18(2); Paulina del Carmen Ramírez Jacinto *vs.* México, párr. 27(2).

de los grupos de trabajo. Por ejemplo, en el caso Mestanza, se les solicitó a ambas partes hacer entregas cada tres meses sobre el estado del cumplimiento, y la Comisión incluye en sus informes anuales actualizaciones sobre el estado de la implementación del caso.⁶⁹ Además, la CIDH ha celebrado reuniones con los grupos de trabajo de ambas partes para hacerle seguimiento a la implementación de sus decisiones y de los acuerdos extrajudiciales, así como a los obstáculos enfrentados. A diferencia del Comité de Ministros, la CIDH carece del peso proporcionado por un órgano político que haga cumplir sus recomendaciones; sin embargo, tiene la facultad de remitir casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuyas sentencias son legalmente vinculantes.

Los órganos de supervisión de los tratados de las Naciones Unidas, en cambio, no cuentan con mecanismos de seguimiento directos para hacer cumplir las decisiones que han aprobado y los procedimientos de seguimiento varían entre los diferentes comités. El cumplimiento de estas decisiones puede ser tratado formalmente durante la entrega de informes del Estado al comité relevante, lo que suele pasar cada cierto número de años.⁷⁰ El Comité de Derechos Humanos tiene un relator permanente al que se le ha delegado la supervisión de la implementación, y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos tiene una rama separada para comunicaciones que puede facilitar las reuniones entre los demandantes y los Estados parte con el fin de discutir sobre la implementación de las recomendaciones de un órgano de supervisión de los tratados, mientras que el Comité de la Ceday le asigna a diferentes miembros la tarea de servir como relatores para el seguimiento, caso por caso.⁷¹ No obstante, las decisiones de los órganos de supervisión de los tratados no suelen verse en general como legalmente vinculantes y, por tanto, no hay consecuencias importantes cuando un Estado miembro no cumple con la decisión (Baluarte y De Vos, 2010, p. 125). La falta de mecanismos de cumplimiento, entre otros

69 María Mamérita Mestanza Chávez *vs.* Perú, párr. 18(2).

70 Por ejemplo, Regla 73 del Reglamento de Procedimiento del Comité Ceday, que establece que el Comité puede requerir a los Estados parte que incluyan información en sus informes estatales sobre toda acción tomada a la luz de las opiniones y recomendaciones del Comité con respecto a las comunicaciones individuales. Cedaw Committee, Rules of Procedure of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, UN/Doc.Ceday/C/ROP (2001) 25.

71 Véase, por ejemplo, Cedaw Committee, Report of the Committee under the Optional Protocol on follow up to views of the Committee on individual communications, párr. 2 (42 session, 2008), en Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, UN/Doc./64/38 at 110 (2009).

factores, puede socavar la efectividad de esos órganos internacionales a la hora de garantizar la implementación.

Aunque los órganos internacionales puedan carecer de mecanismos de cumplimiento o sus decisiones puedan considerarse como no vinculantes legalmente, los efectos de decisiones suyas, favorables a los derechos, pueden tener resultados mucho más profundos que las de órganos regionales o nacionales. Los órganos internacionales ayudan a definir mundialmente los estándares de derechos humanos y esa formación de estándares tiene efectos para todos los países signatarios del tratado relevante y puede influenciar las decisiones judiciales en los ámbitos nacional y regional. En el caso *K. L.*, por ejemplo, aunque Perú hace poco comenzó a implementar la sentencia, el fallo del Comité de Derechos Humanos tuvo efectos profundos fuera de Perú en la década siguiente a su aprobación. El caso fue citado en decisiones de los tribunales constitucionales de Colombia⁷² y Eslovaquia⁷³ para liberalizar y declarar válidas, respectivamente, las leyes sobre el aborto de esos países, y los magistrados de la Corte Suprema de México hicieron referencia a él durante las audiencias para determinar si la ley de Ciudad de México que descriminalizaba el aborto durante el primer trimestre de embarazo era válida o no. Además, los órganos regionales de derechos humanos se apoyan en las normas desarrolladas por los órganos internacionales cuando dictan sus sentencias.⁷⁴

Naturaleza de las medidas

Además del diseño institucional del órgano que dicta la sentencia, las clases de medidas otorgadas y la especificidad de las mismas son también factores clave que han afectado la posibilidad de ejecución de las sentencias sobre derechos reproductivos analizadas aquí. Dejando a un lado la importancia simbólica de una decisión que determina la violación de los derechos reproductivos, y, por consiguiente, refuerza los

72 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, de 10 de mayo de 2006.

73 Corte Constitucional de la República Eslovaca, PL. ÚS 12/01-297 (4 de diciembre de 2007).

74 El Tribunal Europeo, por ejemplo, se apoyó muchas veces en el texto de la *Cedaw*, y también en las decisiones, las recomendaciones generales y las observaciones finales del Comité *Cedaw* en su decisión de *Opuz vs. Turkey*, App. 33401/02, ECHR, párrs. 73-77, 9 de junio de 2009. En ese mismo sentido, la Corte Interamericana cita el caso *K. L.*, además de otras decisiones, comentarios generales y observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, con el fin de dar directrices sobre la protección al derecho a la vida en su reciente decisión en el caso *Artavia Murillo et al. vs. Costa Rica*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 257, párr. 317.

estándares sobre el tema, las medidas otorgadas en los estudios de caso citados pueden agruparse de manera general en dos categorías: las individuales⁷⁵ y las generales que buscan prevenir violaciones parecidas en el futuro. Las indemnizaciones financieras se han pagado en su totalidad en casi todos los casos en los que ha habido una decisión final, con la excepción de *K. L. vs. Perú*. Cuando la decisión *K. L.* fue publicada, Perú ofreció pagar una suma nominal a la demandante por su sufrimiento emocional. Sin embargo, la oferta estaba muy por debajo de los estándares internacionales por violaciones de derechos parecidas, los esfuerzos para negociar una indemnización justa se estancaron y la demandante era reticente a recibir una indemnización monetaria sin que se aprobaran cambios estructurales más amplios. En consecuencia, se rechazó la oferta y no se pagó ninguna indemnización. Sin embargo, tras una decisión de un tribunal peruano que determinó que el Gobierno está legalmente obligado por la decisión del Comité de Derechos Humanos y que pedía indemnizar a *K. L.*, anticipamos que la indemnización se habrá pagado cuando se publique este texto.

Las medidas generales, en cambio, han sido implementadas solo en parte en la mayoría de los casos. Eso puede deberse al hecho de que tales medidas, y en especial las que requieren reformas legales, serían más complicadas de implementar para los Estados, puesto que muchas veces requieren voluntad política y una compleja coordinación entre órganos de gobierno. Esta observación es congruente con las pruebas provenientes del sistema interamericano, según las cuales es menos probable que los Estados emprendan acciones para implementar las medidas generales.⁷⁶ Sobre el tema se han tomado acciones para revisar las políticas públicas o las normas administrativas de los ministerios de Salud para que respondan a las violaciones de derechos, pero los esfuerzos han sido insuficientes en un aspecto u otro. Como se mencionó, las medidas estructurales acordadas en *Mestanza vs. Perú* y *Paulina Ramírez vs. México*, y el resultado final de las estrategias activistas jurídicas tras la decisión en *K. L. vs. Perú*, dieron lugar al desarrollo de algunas normas administrativas relevantes pero, en cada

75 Las reparaciones individuales pueden adoptar la forma de indemnizaciones monetarias u otras formas de compensación no monetaria para la víctima individual. En los estudios de caso aquí presentados, no se otorgaron de manera uniforme reparaciones no monetarias. En consecuencia, nuestro análisis de los remedios individuales en esta sección se concentra exclusivamente en la compensación financiera.

76 Según un estudio que revisa la implementación de las decisiones de la Corte y la CIDH, “la respuesta más común de los Estados a las medidas generales es la inacción [...] Los Estados no hacen ningún esfuerzo por implementar el 75 % de esas órdenes, más o menos” (Baluarte y De Vos, 2010, p. 70).

uno de estos casos, los efectos directos de esas normas en el ámbito de los prestadores de salud no están claros. En *A. S. vs. Hungary*, Hungría revisó su Ley de Salud Pública tras la decisión del Comité de la Cedaw, pero la ley modificada permite todavía la esterilización sin el consentimiento informado por “razones de salud”, y no aborda adecuadamente el problema subrayado en la decisión *A. S.* En el mismo sentido, en *Tysiãc vs. Poland*, Polonia aprobó una nueva ley sobre derechos de los pacientes, con la que el Estado afirma ajustarse a los estándares internacionales, pero esta no cumple los cuatro requisitos de las garantías procedimentales reconocidas a los pacientes por el Tribunal Europeo en su decisión. El caso de *Sandesh Bansal vs. Union of India and others* es una excepción positiva a esa situación. Aunque las medidas generales solicitadas en la reciente decisión final todavía están pendientes de implementarse, el Estado ha construido un tanque de agua y ha licenciado un banco de sangre como se le pedía en las órdenes provisionales. Durante casi una década, *K. L. vs. Perú* fue otra excepción, pero en el otro lado del espectro. Cuando se supo de la decisión final, el Ministerio de Salud redactó un protocolo para facilitar el acceso al aborto legal con el fin de remediar los problemas subrayados por la decisión del Comité de Derechos Humanos, pero el protocolo no se hizo efectivo porque lo impidieron las fuerzas políticas conservadoras y la jerarquía católica. A pesar de la implementación retrasada, sin embargo, el caso fortaleció las bases de un activismo nacional y regional en el país que presionó para conseguir un mejor acceso al aborto legal. Como resultado de esos esfuerzos activistas continuados, el Gobierno peruano aprobó hace poco directrices técnicas sobre el aborto terapéutico, y una decisión judicial reciente determinó que el Gobierno estaba obligado legalmente por las decisiones del Comité de Derechos Humanos y ordenó una implementación amplia de las directrices técnicas sobre este procedimiento.⁷⁷

La especificidad de la medida puede tener también repercusión a la hora de implementarla. Con respecto a la indemnización monetaria, cuando la sentencia requiere el pago de una suma a la víctima, es más fácil cumplir para el Estado, como el caso *Tysiãc* decidido por el Tribunal Europeo,⁷⁸ o los acuerdos extrajudiciales amistosos en *Mestanza*

77 El caso ha servido, además, para mover a los principales académicos del derecho y expertos médicos a defender la implementación de la decisión mediante un mejor acceso a los abortos terapéuticos en Perú (Abad Yupanqui, 2008; Ayala Peralta *et al.*, 2009), y también para impulsar una coalición de organizaciones nacionales, regionales e internacionales que presionan para que haya una interpretación más amplia del aborto terapéutico en toda Latinoamérica (Alianza Nacional por el Derecho a Decidir *et al.*, 2008).

78 El Tribunal Europeo especifica también un plazo concreto para el pago

y Paulina promovidos por la CIDH.⁷⁹ Los órganos de supervisión de los tratados no especifican las indemnizaciones monetarias que deben pagarse, sino que, como en el caso de *A.S. vs. Hungary*, establecen una indemnización “proporcional a la gravedad de las violaciones de sus derechos”.⁸⁰ Esa falta de especificidad puede producir desacuerdos sobre qué constituye una indemnización justa y, por consiguiente, retrasar o impedir la implementación como en el caso *K. L.* En ese mismo sentido, la especificidad con respecto a las medidas generales necesarias para que el Estado ajuste su comportamiento y su legislación a las obligaciones de derechos humanos puede facilitar la implementación. En el caso *Tysiác*, por ejemplo, el Tribunal Europeo estableció requisitos específicos para establecer un mecanismo procedimental que protegiera los derechos de las mujeres a acceder a un aborto legal. Cualquier cambio legislativo que no cumpla con esos cuatro requisitos puede considerarse, por tanto, que no fue suficiente. En ese mismo sentido, las órdenes provisionales del caso *Sandesh Bansal vs. Union of India and others* incluían recomendaciones específicas relacionadas con la licencia para un banco de sangre y la construcción de un tanque de agua, y ambas cosas se hicieron tras la sentencia. El Comité de Derechos Humanos en el caso *K. L.*, en cambio, se limitó a opinar que Perú “tiene la obligación de tomar medidas para garantizar que violaciones parecidas no pasen en el futuro”, sin especificar cuáles deberían ser esas medidas.⁸¹ Las sentencias que establecen recomendaciones precisas a los Estados hacen más fácil para estos, por tanto, implementar la decisión, porque hay una línea clara de acción que pueden seguir. Las recomendaciones específicas también hacen más fácil para los órganos judiciales y la sociedad civil supervisar la implementación de la decisión que haya hecho el Gobierno.

Atención pública

El grado en el que los medios de comunicación y otros sujetos importantes del público entran en diálogo sobre la cuestión demandada o el

y, por lo general, ordena que las indemnizaciones individuales sean pagadas dentro de los tres meses siguientes a la aprobación de la sentencia final (Tribunal Europeo, Reglamento del Tribunal, note 65, p. 71).

79 Hay que señalar que cuando la CIDH toma una decisión sobre el fondo, no puede especificar la indemnización financiera que debe ser pagada. Los acuerdos extrajudiciales y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cambio, especifican por lo general la suma exacta que se le debe pagar a la víctima.

80 *A.S. vs. Hungary*, párr. 11.5(I).

81 *K. L. vs. Perú*, párr. 8.

caso puede también influenciar la implementación de una decisión, en especial las medidas transformadoras ordenadas. Los procesos judiciales pueden ofrecer una narrativa personal sobre una cuestión específica, lo que puede ayudar a sensibilizar y a movilizar a agentes sociales fundamentales, como los creadores de políticas públicas y académicos destacados, sobre la cuestión subyacente de derechos humanos, y reconfigurar el diálogo público sobre cuestiones controvertidas, como el acceso al aborto. En los estudios de caso analizados, los socios nacionales del Centro han desplegado intervenciones importantes para llamar la atención del público sobre esas cuestiones mediante un uso estratégico de los medios de comunicación, la formación de coaliciones y otras estrategias diseñadas para elevar la conciencia pública.

El caso Paulina es un buen ejemplo. Las circunstancias convincentes respecto a la necesidad de que Paulina tuviera un aborto legal, y la forma desmedida en la que las autoridades coaccionaron a la víctima de 13 años de una violación para que llevase a término su embarazo movilizaron a los medios de comunicación y a personajes públicos y legisladores sobre ese problema. Elena Poniatowska, una autora y periodista mexicana muy conocida, publicó un libro, *Las mil y una ... (la herida de Paulina)* sobre los hechos del caso (2000), y la historia de Paulina fue cubierta ampliamente por la prensa tanto nacional como internacional, con personajes destacados de todo México ponderando el caso, lo que generó una importante atención pública sobre él. Como el director del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), uno de los miembros locales del Centro durante el proceso judicial del caso, explicó: “No nos tomamos las calles; nos tomamos los medios de comunicación” (GIRE, 2008, p. 37). El GIRE ha acreditado esta estrategia de movilización de los medios de comunicación y de otras figuras prominentes con el movimiento en torno a la cuestión, y ha subrayado que “la atención que el Gobierno de Baja California le dio al caso Paulina seguramente hubiera sido diferente si los medios de comunicación no hubieran seguido el caso, no solo informando sobre él, sino defendiendo a una víctima que hubiera estado indefensa de otra forma” (GIRE, 2005, p. 11). La movilización de las élites políticas, académicas y periodísticas no solo tuvo un efecto directo en el caso, sino también un efecto transformador. El debate público en torno al caso proporcionó una nueva lente a través de la cual ver el aborto. La cuestión ya no se limitó más a si el aborto era o no un delito o un pecado, el acceso al aborto podía discutirse también como una cuestión de derechos humanos, y como resultado del acuerdo extrajudicial amistoso, el Gobierno mexicano reconoció públicamente que al negarle acceso a Paulina a un aborto legal había violado sus derechos fundamentales. Como Adriana

Ortega Ortiz, la directora de Gender Equity, observó ante la Corte Suprema de Justicia de México, “El caso Paulina, como se le conoce en México, fue de suprema importancia para cambiar el debate sobre el derecho al aborto en México [...] los posteriores desarrollos legales [...] pueden ser atribuidos a que el caso Paulina elevó la conciencia entre varios agentes sociales públicos y privados” (2007), y la transformación resultante del discurso público fue un factor crucial para descriminalizar el aborto en Ciudad de México (GIRE, 2008, pp. 12-14).

Sin embargo, al mismo tiempo, el debate público sobre el aborto y su descriminalización en Ciudad de México pueden haber contribuido a una reacción negativa en Baja California, que dio lugar a una enmienda de la Constitución de este estado para que protegiera la vida desde el momento de la concepción. Es poco claro qué efecto haya tenido la reforma constitucional, si es que ha tenido alguno, en las excepciones existentes a la ley restrictiva del aborto de Baja California, y, por consiguiente, a la implementación de las medidas generales pactadas en el acuerdo extrajudicial amistoso en el caso Paulina.

En el mismo sentido, en el caso Mestanza, la cobertura amplia de los medios de comunicación y la movilización de las bases sociales dirigida por el Movimiento Amplio de Mujeres ayudó a sacar a la luz la naturaleza de las políticas de esterilización coercitivas extendidas durante el Gobierno de Fujimori en Perú, y ayudó a iniciar una investigación sobre esas violaciones en la Defensoría del Pueblo,⁸² cuyas conclusiones y determinaciones constituyeron la base de los cambios legislativos y de política pública acordados en el acuerdo extrajudicial amistoso en el caso Mestanza.⁸³ Como se ha analizado, ese esfuerzo prolongado para elevar la conciencia y la memoria de esas violaciones de derechos humanos se dice que ha tenido un efecto significativo en el resultado de las elecciones peruanas a la presidencia de 2001, y en noviembre de 2012 el Gobierno reabrió la investigación de los casos (IACHR, 2014, p. 271).

Entorno social, político y cultural

Uno de los principales retos de implementar las sentencias sobre derechos reproductivos es la oposición religiosa, política o cultural frente a ellos. Quienes se oponen a los derechos reproductivos están listos para negar que sean derechos humanos, y ese reto subraya por qué el

82 Defensoría del Pueblo de Perú, Resolución Defensorial 031-2002/DP (23 de octubre de 2002).

83 María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú, párr. 14(11).

reconocimiento es crucial para implementar las decisiones sobre derechos reproductivos en los ámbitos nacional, regional e internacional.

La oposición política, religiosa y cultural al aborto, en concreto, es incesante y ha sido el principal obstáculo para implementar las medidas estructurales en los casos sobre acceso al aborto seguro y legal litigados por el Centro. Poco después de la decisión *K. L. vs. Perú*, por ejemplo, el Ministerio de Salud redactó un protocolo para ayudar a facilitar el acceso al aborto terapéutico legal, que hubiera hecho que el Estado peruano cumpliera con las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos. Sin embargo, el intento del Ministerio por aprobar e implementar el protocolo fue bloqueado por la jerarquía católica en Perú. En ese mismo sentido, aun si las leyes y políticas son congruentes con los estándares regionales e internacionales de derechos humanos, la discriminación o la oposición por parte de los practicantes de los servicios de salud pueden impedir que se implementen las leyes y políticas. En los casos *Paulina*, *Tysięc* y *K. L.*, esos países permitieron el aborto por las razones que las mujeres aducían, pero el personal de los hospitales les negó el acceso.

La voluntad política de mejorar la situación de la salud reproductiva de las mujeres es otro de los principales retos para implementar las sentencias sobre derechos reproductivos, en especial en el contexto de la mortalidad materna. Si bien no hay duda sobre la correlación entre la pobreza y los servicios de salud reproductiva deficientes —el 99 % de las muertes maternas ocurren en países en vías de desarrollo (WHO, 2014, p. 22)—, la pobreza por sí misma no es suficiente para explicar los elevados índices de mortalidad materna; hay varias acciones de bajo costo al alcance de los Estados que pueden reducir de forma significativa la mortalidad materna si existiera la voluntad política de acometerlas, como revisar las leyes y políticas restrictivas sobre servicios de salud, incluido el aborto, mejorar el acceso a la información y los servicios anticonceptivos, y formar a los trabajadores de los servicios de salud de nivel intermedio para proporcionar cuidado prenatal, de parto y posnatal de calidad. Hacer que los órganos judiciales de derechos humanos y los Estados reconozcan la mortalidad materna evitable como un problema de derechos humanos puede ser parte integral de superar la inercia política sobre salud materna. A estos fines, la defensa llevada a cabo ante el Comité de la Cedaw en el caso *Alyne vs. Brazil* tiene todavía que llevar a una decisión final. Desde que se presentó el caso, el Centro y los socios locales han realizado una estrategia activista focalizada para mejorar el reconocimiento de la mortalidad materna como problema de derechos humanos, celebrando un seminario en Brasil para los interesados de diferentes disciplinas con

el fin de elevar la conciencia del caso y para identificar las principales recomendaciones dirigidas a mejorar las políticas de salud materna; conseguir declaraciones de los Relatores Especiales de las Naciones Unidas, y presionar políticamente al Consejo de Derechos Humanos para fortalecer los estándares internacionales y los compromisos políticos sobre la cuestión. En concreto, el seminario fue determinante para identificar aliados clave en los ámbitos nacional y local, y para crear un consenso entre las diferentes disciplinas sobre el enfoque más estratégico para implementar una decisión en el caso Alyne. El Centro continúa relacionándose con los participantes en el seminario para el seguimiento de la decisión del Comité de la Cedaw, y consiguió el apoyo de influyentes organizaciones e instituciones para que estas proveyeran información técnica a la Cedaw en apoyo de la resolución del caso Alyne. Por ejemplo, la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), Amnistía Internacional y el Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (Cladem) presentaron opiniones técnicas que subrayaban cómo el tratamiento de la mortalidad materna en Brasil no era solo un problema de salud pública, sino también una cuestión de derechos humanos. Esas estrategias han ayudado a preparar el terreno para la implementación de la decisión del Comité de la Cedaw, cuando se produzca.

Los desarrollos recientes del caso Mestanza destacan también la importancia de la voluntad política a la hora de fomentar la implementación. Durante varios años, Perú disculpó la parálisis de la investigación penal exigida en el acuerdo amistoso alegando que los delitos ya habían prescrito (IACHR, 2009, p. 751). Sin embargo, después de las elecciones presidenciales de 2011, el nuevo Gobierno reconoció que las campañas de esterilización involuntaria en masa eran crímenes contra la humanidad, con lo que esos casos quedaban fuera de la prescripción ordinaria, y reabrió las investigaciones.

El entorno político, social y cultural puede ser, por tanto, fundamental y, en algunos casos, es el factor determinante para implementar las decisiones sobre derechos reproductivos.

Conclusiones

Como muestran los estudios de caso, los gobiernos han cumplido por lo general con las medidas judiciales individuales. El mayor reto ha sido garantizar la plena implementación de las medidas generales. El diseño de los órganos judiciales y la naturaleza de las medidas otorgadas pueden tener influencia en la probabilidad de implementación de las medidas generales, al permitir negociaciones para llegar a acuerdos

extrajudiciales, mejorar la especificidad de las medidas otorgadas y fortalecer la capacidad de seguimiento. Sin embargo, a partir de las experiencias del Centro, la transformación del entorno social, político y cultural para conseguir una mayor aceptación de los derechos reproductivos como derechos humanos y para fortalecer el compromiso político es esencial para preparar el camino de la implementación de medidas generales. A esos efectos, deberían desarrollarse y considerarse las demandas judiciales sobre derechos reproductivos en el marco de esfuerzos activistas más amplios, idealmente en colaboración con organizaciones de base, nacionales e internacionales, para conseguir esos efectos transformadores.

En las primeras etapas del activismo y los procesos judiciales sobre derechos reproductivos, el uso de los tribunales puede verse como una herramienta para amplificar la voz de aquellos cuyos derechos han sido violados y como una herramienta para la creación de normas, con el fin de buscar medidas transformadoras —como el reconocimiento de los derechos reproductivos como derechos humanos, estándares internacionales más firmes y una mayor conciencia pública de los derechos reproductivos—, además de buscar reparación para víctimas individuales. Las sentencias favorables en los casos de derechos reproductivos, si bien contribuyen a conseguir medidas simbólicas positivas, también pueden crear obstáculos adicionales, como reacciones políticas negativas y una oposición enérgica. El potencial de que ocurra una reacción negativa es una de las razones por las que es esencial ser conscientes del entorno en el que tienen lugar los esfuerzos de litigio estratégico, y por qué las estrategias de demandas judiciales de gran impacto deben elaborarse como parte de estrategias activistas más generales que busquen fomentar un entorno social, político y cultural propicio a la implementación de decisiones judiciales favorables. Las asociaciones entre las organizaciones locales e internacionales son cruciales en esta etapa del uso de los tribunales, como también lo son las estrategias activistas que aprovechen las diferentes fortalezas de cada uno para, por ejemplo, movilizar a los medios de comunicación, a los creadores de políticas públicas, o a otros participantes fundamentales en la esfera nacional, lo mismo que para relacionarse con expertos de las Naciones Unidas y otros agentes cruciales en el ámbito internacional.

El caso *K. L. vs. Perú* es un ejemplo de las primeras acciones activistas en torno al problema del acceso al aborto legal. *K. L.* fue el primer caso de este tipo que se trató judicialmente en el ámbito supranacional, y uno de los fines principales fue fortalecer las normas internacionales de derechos humanos sobre ese tema. La decisión del Comité de

Derechos Humanos hizo eso precisamente. A pesar del hecho de que el Estado peruano solo hasta ahora está haciendo efectivas las medidas individuales y generales que se decretaron en esa decisión, el efecto transformador del caso en la esfera internacional ha sido profundo. Ese caso ha sido citado en varias decisiones cruciales que han liberalizado o declarado la validez de leyes liberalizadoras del aborto.⁸⁴ Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana declaró que la prohibición absoluta del aborto en Colombia era inconstitucional, y citó la conclusión del Comité de Derechos Humanos de que no proporcionar acceso al aborto terapéutico violaba el derecho de la mujer a verse libre de tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁸⁵ Además, la Corte Constitucional colombiana explicó que “los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres han sido por fin reconocidos como derechos humanos y, como tales, se han convertido en parte de los derechos constitucionales, que son fundamentales en todos los Estados democráticos”.⁸⁶ La decisión K. L. ha sido esencial para cambiar la voluntad política y el discurso público sobre el aborto en Perú, y mediante una estrategia sostenida de activismo legal a partir de esa decisión innovadora, las organizaciones locales pudieron al final presionar al Gobierno para que tomara medidas efectivas a fin de cumplir con la decisión del Comité en este caso.

Adicionalmente, los elementos necesarios para la implementación exitosa de las sentencias sobre derechos reproductivos deberían ser parte de una estrategia de activismo antes de que las demandas judiciales hayan sido siquiera presentadas. De hecho, cada uno de los factores fundamentales que influyen el cumplimiento de las sentencias sobre derechos reproductivos analizados en las páginas anteriores —el diseño institucional, la naturaleza de las medidas, la atención pública, y el entorno social, político y cultural— son elementos que pueden y deben ser parte del cálculo para determinar si litigar o no, cuándo y cómo hacerlo. Las demandas judiciales estratégicas son un componente, entre otros, de un plan activista para promover y proteger los derechos reproductivos, y, por tanto, necesitan entenderse y evaluarse en el contexto de un plan más amplio. En muchos casos, según la experiencia del Centro, los efectos transformadores de haber presentado un caso de la mano de un plan de activismo bien diseñado podrían sentirse aun antes de que se llegue a la decisión final del caso.

Al diseñar la estrategia de uso de los tribunales en correspondencia con fines activistas más amplios, y al tomar en consideración los

84 Véase, por ejemplo, Corte Constitucional de la República Eslovaca.

85 Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-355 de 2006.

86 *Idem*.

principales factores que afectan la implementación antes siquiera de que el caso se haya presentado, los activistas pueden realizar la preparación del terreno necesaria para reforzar la posibilidad de que una decisión favorable sobre DESC sea implementada y tenga efectos transformadores en las vidas de las mujeres de todo el mundo.

Referencias

Abad Yupanqui, S. B. (2008). *Validez constitucional del aborto terapéutico en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex).

Alianza Nacional por el Derecho a Decidir y Anis-Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, et al. (2008). *Causal salud: interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos*. Bogotá: La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres y Alianza Nacional por el Derecho a Decidir.

Amnesty International (2014). *On the Brink of Death: Violence against Women and the Abortion Ban in El Salvador*. London: Amnesty International.

Amnesty International (2015). *She is not a Criminal: The Impact of Ireland's Abortion Law*. London: Amnesty International.

Associated Press (2011, junio 17). Peru's sterilization victims still await compensation and justice. *The Guardian*.

Associated Press (2011, octubre 28). "Peru reopens probe of forced sterilizations". *Miami Herald*.

Ayala Peralta, F., Cabrera Ramos, S. et al. (2009). *Interrupción terapéutica del embarazo por causales de salud*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex).

Baluarte, David C. y De Vos, M. C. (2010). *From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions*. New York: Open Society Foundations.

Cabal, L. y Todd-Gher, J. M. (2009). Reframing the Right to Health: Legal Advocacy to Advance Women's Reproductive Rights (pp. 120-138). En Clapham, A. y Robinson, M. (eds.). *Realizing the Right to Health*. Zurich: Rüffer & Rub.

Gustav Cappaert (2015, julio 24). Peru's Keiko Fujimori leads a familiar cast of 2016 presidential hopefuls. *Latin Correspondent*.

Center for Reproductive Rights y Avani Sood (2006). *Litigating Reproductive Rights: Using Public Interest Litigation and International Law to Promote Gender Justice in India*. New York: Center for Reproductive Rights and Avani Sood.

Center for Reproductive Rights (2008). *Bringing Rights to Bear*. New York: Center for Reproductive Rights.

- Center for Reproductive Rights y Human Rights Law Network (2011). *2011 Update: Maternal Mortality in India: Using International and Constitutional Law to Promote Accountability and Change*. New York: Center for Reproductive Rights.
- Center for Reproductive Rights (2014). *Abortion Worldwide: 20 Years of Reform*. New York: Center for Reproductive Rights.
- Charnovitz, S. (2006). Nongovernmental Organizations and International Law. *The American Journal of International Law*, 100 (2), 348-372.
- Committee of Ministers (2010). *Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: Annual Report 2009*. Strasbourg: Council of Europe.
- Committee of Ministers (2015). *Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: 8th Annual Report of the Committee of Ministers 2014*. Strasbourg: Council of Europe.
- Cook, R. (2010). Interpreting the "Protection of Life". Recuperado de <https://gire.org.mx/>.
- Cook, R. (2013). Human Rights and Maternal Health: Exploring the Effectiveness of the Alyne Decision. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 41 (1) 103-123.
- Cook, R. y Howard, S. (2007). Accommodating Women's Differences under the Women's Anti-Discrimination Convention. *Emory Law Journal*, 56 (4), 139-192.
- Fraser, N. (1997). *Justice Interruptus: Critical Reflections on the 'Postsocialist' Condition*. New York: Routledge.
- Fraser, N. (2000). Rethinking Recognition. *New Left Review*, 3, 107-120.
- Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) (2005). *Paulina: Five Years Later*. Mexico D.F.: GIRE.
- Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) (2008). *The Process of Decriminalizing Abortion in Mexico City*. Mexico D.F.: GIRE.
- Hannum, H. (2004). *Guide to International Human Rights Practice* (4 ed.). Ardsley: Transnational Publishers.
- Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) (2009). *Annual Report of the Inter-American Commission: Status of Compliance with the Recommendations of the IACHR*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51, corr. 1.
- Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) (2010). *Access to Maternal Health Services from a Human Rights Perspective*. Washington, D.C.: Organization of American States.
- Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) (2015). *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*. Washington, D.C.: Organization of American States.
- Keck, M. E. y Sikkink, K. (1998). *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca: Cornell University Press.

Ministerio de Salud de Perú (2004). *Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva, Módulo VIII: Planificación Familiar*, 1-2. Lima.

Milmo, C. (2007, septiembre 1), Amnesty's abortion stance splits grassroots support. *The Independent*.

Ortega Ortiz, A. (2007). Mexico: 'Paulina' Case Settlement & Impact (correo en el archivo del Center for Reproductive Rights, abril 18).

Páez, A. (2011). *Perú: CIDH exige justicia para esterilizaciones forzadas*. Lima: Inter-Press Service.

Poniatowska, E. (2000). *Las mil y una... (la herida de Paulina)*. Barcelona: Plaza & Janés Editores.

Sobrevilla Perea, N. (2011, junio 17). Peru's sterilization victims still await compensation and justice. *The Guardian*.

World Health Organization (WHO) et al. (2014). *Trends in maternal mortality: 1990-2013: Estimates by WHO, Unicef, Unfpa, The World Bank, and the United Nations Population Division*. Geneva: WHO.

14. Derechos internacionales a la vivienda y prejuicios nacionales: el caso de los romaníes y los trashumantes

*Andi Dobrushy y
Theodoros Alexandridis**

* Las opiniones expresadas en el capítulo son de los autores y no reflejan necesariamente la política oficial de las organizaciones respectivas.

Introducción

A pesar de sus diferencias culturales y lingüísticas, la mayoría de los romaníes y de los trashumantes en Europa¹ experimentan condiciones de vivienda muy parecidas. Asentamientos segregados en ubicaciones remotas, inadecuados habitacionalmente, con acceso deficiente a los servicios públicos y bajo la amenaza permanente de desalojo; esa es muchas veces la norma, un fenómeno causado y reforzado por el racismo y la discriminación endémicos. Esa dura realidad de los romaníes y los trashumantes no se ha pasado por alto. Casi todos los Estados parte de la Unión Europea (UE) o del Consejo de Europa (CoE) han reconocido que hay que ocuparse de esa situación y no es pequeño el número de planes de acción o medidas *ad hoc* dirigidas a aliviar sus condiciones de vida.

Sin embargo, esas iniciativas no han conseguido una mejora perceptible y duradera en sus vidas cotidianas. En el estudio de la implementación del Plan de Acción para Mejorar la Situación de la Población Romaní y Sinti en el Área de la OSCE (2003), la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) (2008, p. 29) concluyó que los romaníes y los trashumantes continuaban sufriendo una discriminación rampante y condiciones de vivienda muy por debajo de los estándares aceptados. Cinco años después, el mismo órgano concluyó que solo se habían producido “algunos” cambios positivos, sobre todo en la asignación de financiación adicional y en la implementación de programas de vivienda (fragmentados) para los romaníes, pero los principales retos seguían en gran medida sin afrontarse (OSCE, 2013,

1 A efectos prácticos, toda referencia a los romaníes y trashumantes en este artículo deberá comprenderse que se extiende a otros grupos como los sinti, kale, manouche, *gens de voyage* y otros parecidos. Cuando sea necesario, se hará referencia específica a la identidad étnica declarada como propia de las personas correspondientes.

p. 32). En ese mismo sentido, y con algo más de sinceridad, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (ASCE) señaló en 2010:

Además del terrible aumento de la violencia contra los romaníes, la Asamblea observa que el proceso de integración de los romaníes no ha alcanzado sus objetivos en los últimos 20 años [...]. La Recomendación 1557 (2002) de la Asamblea sobre la situación jurídica de los romaníes en Europa ya destacó que los fines establecidos en su Recomendación 1203 (1993) sobre los Gitanos en Europa se habían logrado solo de forma limitada. La Asamblea señala hoy con gran preocupación que la situación actual sigue siendo prácticamente la misma, si es que no es peor. Es un resultado vergonzosamente pobre teniendo en cuenta la cantidad de papel —y de dinero— dedicada a mejorar la situación de los romaníes a todos los niveles.²

Recogiendo esas preocupaciones, el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa señaló lo siguiente:

En varios momentos clave, los Estados parte han hecho llamados a nivel europeo para abordar la exclusión de los romaníes y los trashumantes, con expresiones abiertas y públicas de preocupación [...]. Los romaníes y los trashumantes de toda Europa siguen esas acciones de cerca y son muy conscientes de que, en cuanto hay algo de tensión, la fuerza prevalece sobre la preocupación internacional. Entre los romaníes de todo el continente existe un profundo escepticismo sobre si hay siquiera la posibilidad de un cambio positivo para los romaníes y los trashumantes, y ese sentimiento se ve continuamente reforzado cuando las instituciones internacionales no logran tener un verdadero efecto en las violaciones cometidas por los Estados y otros sujetos (Council of Europe, 2012, p. 221).

Los comentarios del comisionado proporcionan un trasfondo para dos de las principales preguntas que este capítulo pretende responder: ¿cómo han tratado los órganos internacionales judiciales y cuasijudiciales las reclamaciones sobre los derechos a la vivienda de los grupos romaníes y trashumantes? y ¿en qué medida los Estados demandados han implementado esas decisiones y por qué?

En nuestra opinión, el uso estratégico de los tribunales no solo es instrumental a fin de garantizar remedios para las víctimas de las violaciones del derecho a la vivienda (y, cada vez más, para prevenir esas violaciones), sino también para exponer cuáles son las normas jurídicas sobre vivienda. Las decisiones recientes de los órganos cuasijudiciales de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) y el Tribunal Europeo de

2 Council of Europe's Parliamentary Assembly (PACE), Resolution 1740(2010), The situation of Roma people in Europe and relevant activities of the Council of Europe, 22 de junio de 2010, sections 5-6 (<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17875&lang=en>).

Derechos Humanos (el Tribunal) representan un cambio gradual hacia un enfoque más receptivo de los problemas específicos de los romaníes y trashumantes. Si bien los Estados suelen pagarles a los demandantes romaníes y trashumantes los daños, costos y gastos que les reconocen los tribunales, no parecen estar dispuestos a ajustar sus leyes y prácticas a la justificación o los principios de estas decisiones ni a implementar las órdenes (explícitas o implícitas) cuya naturaleza es general o de efectos amplios. La consecuencia de esto es que la Secretaría General del Consejo de Europa observó que algunas decisiones del CEDS y del Tribunal todavía están pendientes de implementarse en su totalidad, y señaló que muchos Estados carecían de la voluntad política necesaria para implementar los estándares nacionales y del Consejo de Europa (Council of Europe, 2014, p. 47).

Las causas evidentes de esa reticencia varían. En algunos casos cabe atribuirla a la misma inercia burocrática o a la ineficiencia general y falta de coordinación del poder ejecutivo del Estado y la maquinaria administrativa. Sin embargo, la principal razón de ese fracaso persistente y recurrente es, sin más, la identidad étnica de los demandantes. Su pertenencia a un grupo social marginado y con frecuencia despreciado, un grupo que no tiene influencia económica o política para exigir el cumplimiento o formar alianzas con otros grupos sociales y fuerzas políticas, debe estar en primer plano de todo análisis del problema. Esta realidad inaceptable crea, como es obvio, dudas en torno a la premisa de que el uso estratégico de los tribunales es un canalizador del cambio en los campos del derecho y de la política pública.³ Sin embargo, defendemos que incluso frente a estos incumplimientos, las decisiones judiciales favorables de los tribunales internacionales podrían proporcionar a los romaníes y los trashumantes una protección modesta, además de incidir en las agendas legislativas y políticas nacionales, en especial debido al estatus normativo del que gozan esas decisiones y a la publicidad amplia que atraen. En última instancia, el uso estratégico de los tribunales no sería un “asistente del cambio”; por sí mismo no puede reconfigurar el consenso político y social en el ámbito nacional necesario para que los romaníes y los trashumantes vean que se respetan y se garantizan sus derechos humanos. En ese contexto, el uso estratégico de los tribunales es sobre todo una batalla

3 Esta contradicción aparente ha sido observada. Según Goldston y Adjami (2008, p. 42), “En cierto grado, las demandas de derecho de interés público en nombre de los romaníes han tenido un enorme éxito hasta la fecha [...] y, sin embargo, al mismo tiempo sería difícil poder concluir que la situación real de la mayoría de los romaníes haya mejorado notablemente y mucho menos decir que cualquier mejora sea resultado de las demandas de interés público”.

en la retaguardia: por muy exitosas que sean, esa clase de escaramuzas no ganan guerras. Se requiere una estrategia más amplia.

Este capítulo se divide en cuatro secciones. En las tres primeras se muestran las circunstancias fácticas en las que se presentaron los casos principales sobre vivienda de romaníes y trashumantes ante los órganos de las Naciones Unidas, el CEDS y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respectivamente. Nuestra intención inicial era presentar una muestra de casos de cumplimiento exitoso y de otros que lo fueran menos, pero al final hubo que descartarla por imposible. En la gran mayoría de los casos estudiados la implementación por los Estados afectados era deficiente, a veces por mucho, con lo que surgen preocupaciones legítimas sobre el compromiso de esos Estados de respetar sus obligaciones internacionales y sobre la determinación de la autoridad supervisora (casi siempre un órgano político) de garantizar la implementación oportuna y efectiva de las decisiones pertinentes. A los fines de este capítulo, los autores consideramos que era preferible evitar un análisis jurídico largo de los diversos mecanismos de supervisión e implementación (con la excepción cualificada de los respectivos mecanismos europeos a la luz de la amplia jurisprudencia desarrollada en el marco de esos dos instrumentos) y concentrarnos en los resultados tangibles, en caso de haberlos, que pudieran haber tenido. En la conclusión realizamos un análisis de las razones que estarían detrás de la reticencia —y en última instancia del fracaso— de los Estados a implementar apropiadamente las decisiones de los tribunales internacionales relativas a vivienda para los romaníes y los trashumantes, y damos algunas sugerencias sobre cuál sería el camino que se debería seguir para las ONG y los activistas del derecho en este campo.

Casos sobre romaníes presentados ante órganos de los tratados de las Naciones Unidas

Se han establecido mecanismos individuales de queja en una diversidad de tratados internacionales de derechos humanos. Los demandantes deben agotar los recursos nacionales y cumplir una variedad de criterios de admisibilidad antes de que el comité relevante de supervisión de los tratados considere el fondo de sus casos. En esta sección consideramos casos del Comité contra la Tortura, el Comité contra la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité de Derechos Humanos.

Los comités solo tienen competencia para proporcionar su “opinión” sobre si el Estado cumple con los tratados y para aprobar recomendaciones; sin embargo, solicitan cada vez información de

seguimiento para determinar si se ha cumplido con lo dispuesto en sus opiniones y, además, la cuestión también puede ser examinada en la evaluación del informe periódico pertinente presentado por el Estado parte correspondiente. Por diversas razones, los procedimientos y los mecanismos de los órganos de supervisión de las Naciones Unidas son mucho menos sólidos y más simplificados que los previstos en la Carta Social Europea o la Convención Europea de Derechos Humanos (véase OSJI, 2010, p. 117).

Hajrizi Dzemajl *et al.* vs. Yugoslavia (Comité contra la Tortura)⁴

La presunta violación de una muchacha no romaní por dos jóvenes romaníes en abril de 1995 en la ciudad de Danilovgrad, en Montenegro, dio lugar a una revuelta iniciada por varios cientos de ciudadanos no romaníes de la ciudad contra la comunidad local rom. Con la aquiescencia de las autoridades municipales y de la policía, la masa destruyó el asentamiento romaní, en medio de consignas que pedían su exterminio. Los romaníes consiguieron huir, pero sus casas y sus pertenencias personales fueron quemadas o destruidas por otros medios, los restos fueron luego limpiados, y se eliminó todo rastro del asentamiento. Temiendo por sus vidas, los romaníes huyeron de la ciudad y se convirtieron en la práctica en personas internamente desplazadas (PID), estableciéndose en las afueras de Podgorica, donde vivían en condiciones deplorables. Tras una investigación formal, las autoridades judiciales archivaron el caso por falta de pruebas, mientras que los procesos civiles y laborales iniciados por los romaníes todavía estaban pendientes de decidirse en el momento en el que el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas (CCT) dictó su decisión en noviembre de 2002.

En su decisión, el CCT declaró que “la quema y destrucción de viviendas constituye, en esas circunstancias, actos de trato o castigo cruel, inhumano o degradante”. También consideró la presencia de algunos romaníes en el asentamiento cuando tuvieron lugar los acontecimientos, junto con la motivación racista de los mismos, como agravantes. En la parte operativa de su decisión, el CCT solicitó a las autoridades montenegrinas que iniciaran una investigación efectiva de los acontecimientos y remediaran apropiadamente la situación de las víctimas.

En su Informe Inicial al CCT, entregado en 2006, las autoridades montenegrinas informaron al Comité que se había llegado a un acuerdo extrajudicial con 74 víctimas romaníes, por el cual se les concedía una

4 Hajrizi Dzemajl *et al.* vs. Yugoslavia, CAT Committee, Complaint 161/2000, UN/Doc.CAT/C/29/D/161/2000 (2002).

indemnización de casi un millón de euros por las pérdidas pecuniarias y no pecuniarias sufridas. Las autoridades eran reticentes a abrir nuevos procesos penales y a investigar los acontecimientos de 1995, alegando que los delitos habían prescrito y que no había pruebas nuevas.⁵ Aunque la indemnización por daños podría parecer pequeña, hay que señalar que las autoridades montenegrinas adoptaron la decisión relevante con bastante celeridad (en los siete meses siguientes a la adopción de la decisión por el Comité) y que intentaron proporcionar un pleno resarcimiento a las víctimas.⁶ Las cuestiones relativas a la implementación de la decisión del Comité no aparecen en las comunicaciones posteriores con las autoridades montenegrinas, por lo que cabría pensar que el Comité considera que se han tenido en cuenta sus opiniones y que se les ha otorgado una apropiada compensación a las víctimas.

L.R. and Others vs. Slovakia (Comité para la Eliminación de la Discriminación)⁷

Este caso trascendental tuvo su origen en una resolución, adoptada por el Consejo Municipal de la ciudad de Dobšiná en Eslovaquia, que aprobaba una política de vivienda para la comunidad local romaní desfavorecida, y le solicitaba al alcalde adoptar todas las medidas operativas necesarias para ese fin. Tras la adopción de la resolución, sin embargo, los residentes locales no romaníes le solicitaron a la Alcaldía no seguir con el plan de vivienda, que produciría “una llegada de ciudadanos inadaptables de origen gitano”. Tras recibir esa solicitud, el Consejo Municipal dictó una nueva resolución, en la que revocaba la anterior y abandonaba efectivamente el proyecto de vivienda para los romaníes.

En su opinión de marzo de 2005, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por su sigla en inglés) señaló que la resolución inicial del Consejo Municipal era una importante iniciativa política y un paso adelante para hacer efectivo el derecho a la vivienda, al ser un elemento integral del mismo. En palabras del Comité,

Sería incongruente con el propósito de la Convención, y anteponer la forma a la sustancia, considerar que el último paso de la implementación efectiva de un derecho humano o una libertad fundamental concreta debe

5 CAT, Consideration of Reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention, Initial Reports of States Parties due in 1999, UN/Doc. CAT/C/MNE/1 (2008), para. 142.

6 Véase ERRC (2003), “Montenegrin Government Agrees to Pay 985,000 Euro in Compensation to Pogrom Victims” (<http://www.errc.org/cikk.php?cikk=330>).

7 L. R. and others vs. Slovakia, Communication 31/2003, UN/Doc.CERD/C/66/D/31/2003 (2005).

ocurrir de una forma no discriminatoria, cuando los elementos necesarios previos al proceso decisorio y conectados directamente con su implementación se aíslan y no se sujetan a escrutinio.⁸

Se determinó que la revocación posterior de la primera resolución municipal estuvo motivada por cuestiones raciales y constituyó una violación de la obligación del Estado de garantizar que todas las autoridades, nacionales y locales, ejerzan sus funciones sin discriminación racial. Además, el CERD declaró que los demandantes no tenían a su disposición ningún remedio efectivo que les permitiera denunciar el trato discriminatorio sufrido.

Con respecto a la naturaleza del remedio que debería proporcionarse a los autores de la comunicación, el CERD declaró que las autoridades deberían restaurar efectivamente el *statu quo* anterior y proceder con el plan de vivienda establecido en la primera resolución municipal.

En cuanto a la implementación, debe señalarse que Eslovaquia ha subrayado continuamente su voluntad de ocuparse de los problemas que enfrentan las comunidades romaníes del país. Eslovaquia es un miembro de la Década de la Inclusión Romaní 2005-2015 (iniciada poco después de la opinión del CERD que estamos estudiando) y ha elaborado un ambicioso Plan de Acción para los Romaníes⁹ y una Estrategia de Integración de los Romaníes, de carácter nacional e integral, en el marco de sus obligaciones como Estado parte de la UE.¹⁰ Esos dos documentos de política pública contienen normas extensas sobre los proyectos y las políticas dirigidas a ocuparse de la problemática de vivienda de los romaníes. Las autoridades centrales y locales han mostrado, no obstante, una marcada reticencia a respetar las conclusiones de la opinión del CERD. En un intercambio de correspondencia con el CERD, el Gobierno eslovaco consideró que la anulación de la segunda resolución (que no estuvo acompañada de la reintroducción y adopción de la primera resolución), junto con la aceptación de algunos compromisos bastante vagos relativos a la entrega de viviendas de bajo costo para los romaníes en Dobšiná, sin fecha cierta, y la apertura de un proceso penal contra los autores de la petición al Consejo

8 *Idem*, 10.7.

9 Los Estados parte de la Década tienen que elaborar e implementar un plan de acción que aborde los problemas enfrentados por los romaníes en los campos de la educación, el empleo, la salud y la vivienda. El Plan de Acción Eslovaco está disponible en http://www.romadecade.org/cms/upload/file/9296_file25_sk_action_plan_2011_eng.pdf

10 La estrategia eslovaca para los romaníes (Slovakian Roma Strategy) está disponible en http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_slovakia_strategy_en.pdf

Municipal, constituían una reparación apropiada para las víctimas. La Alcaldía intentó también restarle importancia a la gravedad del problema y cuestionó la premisa en la que se basaba la opinión del CERD, aunque no su justificación. En reuniones con el European Roma Rights Centre (ERRC), una ONG que defiende los derechos de los romaníes, el alcalde mayor de Dobšiná declaró que según su interpretación de la opinión del CERD, este órgano no pedía la construcción de viviendas de bajo costo para los romaníes, y añadió que las condiciones de vida de los romaníes no eran “dramáticas” en su ciudad cuando se las comparaba con las de los residentes no romaníes.¹¹

El CERD revisó la cuestión de la implementación en febrero de 2010, en su examen del informe periódico de Eslovaquia y solicitó información adicional con respecto a las medidas adoptadas por el Gobierno para cumplir con la decisión.¹² Los argumentos entregados por la delegación eslovaca no parecen haber convencido al CERD. En sus Observaciones Finales, el Comité se limitó a tomar nota del compromiso de Eslovaquia para solucionar la situación de vivienda de los romaníes de Dobšiná y recomendó que asegurara la implementación “efectiva y oportuna” de sus recomendaciones.¹³

En su respuesta a las observaciones del CERD, el Gobierno eslovaco informó luego que hasta febrero de 2011 no se había iniciado todavía la construcción de viviendas, pero que el municipio había incluido un proyecto de vivienda para los romaníes entre sus prioridades; de forma bastante apócrifa, el Gobierno eslovaco señaló también que el Consejo Municipal recientemente elegido “estaría más inclinado hacia la construcción de apartamentos básicos de alquiler”.¹⁴

No obstante, eso no ocurrió, y cuando el CERD volvió a retomar la cuestión de la implementación de su opinión en 2013, expresó su preocupación por el hecho de que el Estado no hubiera controlado las decisiones de las autoridades locales que limitaban el acceso de los

11 CERD, Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (Seventieth and Seventy-first sessions, 2007), UN/Doc.A/62/18 (2007), pp. 155 y ss.

12 CERD, Consideration of reports, comments and information submitted by States Parties under article 9 of the Convention, Sixth to Eighth periodic reports of Slovakia (Summary Record of the 1975th Meeting), UN/Doc.CERD/C/SR.1975 (2010), párrs. 42 y 51.

13 CERD, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Slovak Republic (Seventy sixth session, 2010), UN/Doc. CERD/C/SVK/CO/6-8 (2010), para. 20.

14 CERD, Information received from the Government of Slovakia on the implementation of the concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (Eightieth session, 2012), UN/Doc.CERD/C/SVK/CO/6-8 (2011), párrs. 21-22.

romaníes a la vivienda en general, y le volvió a pedir una vez más a Eslovaquia que se ocupara de la problemática de vivienda de la comunidad romaní de Dobšiná y también que le proporcionara información a ese respecto en particular.¹⁵ Al siguiente año, en su respuesta, el Gobierno eslovaco no se ocupó de las preocupaciones del CERD, ni tampoco proporcionó la información de seguimiento requerida; se limitó a referirse a las diversas medidas legislativas que estaba planeando adoptar.¹⁶

En resumen, diez años después de que el CERD aprobara su opinión, y a pesar de las manifestaciones del Gobierno eslovaco de su voluntad política de ocuparse de los problemas de vivienda de los romaníes, los de Dobšiná no han visto ninguna mejora en su vida cotidiana. La inercia de las autoridades eslovacas para cumplir con sus obligaciones derivadas de la opinión del CERD llevaron a dos ONG internacionales (el European Roma Rights Centre, que había representado a los romaníes ante el CERD, y el Centre on Housing Rights and Evictions), junto con una ONG eslovaca (la Milan Šimečka Foundation), a presentar nuevas demandas nacionales, primero ante la Autoridad Eslovaca para el Trato Igualitario y luego ante el Centro Nacional Eslovaco para los Derechos Humanos, a los que les pidieron dar su opinión jurídica informativa con respecto a la no implementación de las autoridades eslovacas de la decisión del CERD y examinar si ese incumplimiento constituía una violación del derecho nacional contra la discriminación. En una decisión bastante sorprendente, con una redacción sintética, el Centro Nacional Eslovaco pasó por alto la opinión del CERD y declaró que el derecho a recibir viviendas públicas no estaba reconocido en el derecho eslovaco y, por tanto, no caía en el ámbito del derecho contra la discriminación, además de considerar también que la negativa en ese momento de la ciudad de Dobšiná de adoptar alguna medida para cumplir con la decisión del CERD no violaba el principio de trato igualitario.¹⁷ Con la ayuda de las tres ONG mencionadas, los romaníes de Dobšiná han presentado demandas judiciales para exigirles a las autoridades cumplir con sus obligaciones derivadas de la opinión del CERD.

15 CERD, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Slovak Republic (Eighty second session, 2013), UN/Doc. CERD/C/SVK/CO/9-10 (2013), párr. 16.

16 CERD, Concluding Observations on the combined ninth and tenth periodic reports of Slovakia – Addendum: Information received from Slovakia on follow-up to the concluding observations (date received: 27 de feb 2014), UN/Doc. CERD/C/SVK/CO/9-10/Add.1 (2014), párrs. 18-21.

17 Slovak National Centre for Human Rights, carta fechada el 18 de octubre de 2006, en el archivo de los autores.

Georgopoulos and Others vs. Greece (Comité de Derechos Humanos)¹⁸

El señor Georgopoulos, que ya había sido víctima de un desalojo ilegal en el verano de 2006, y que no había podido encontrar un apartamento para vivir con su familia debido al escaso subsidio que le daba el municipio de Patras (Grecia), se trasladó con su familia de siete miembros a la pequeña cabaña de su padre, construida con planchas de madera, en un asentamiento en el que habían vivido durante muchos años. Sin embargo, pronto se vio obligado a buscar otra alternativa, ya que las condiciones de vivienda en la cabaña de su padre eran malas por el exceso de personas. En septiembre de 2006 comenzó a construir una nueva cabaña, justo al lado de la de su padre. Los residentes locales, que habían estado pidiendo el desalojo de la comunidad romaní durante años, cuando vieron el inicio de la construcción avisaron a la policía y las autoridades municipales. Funcionarios de ambos organismos llegaron al lugar y amenazaron al señor Georgopoulos con arrestarlo si se resistía a la demolición de su vivienda, por lo cual cedió y su cabaña medio construida fue rápidamente destruida. Sin embargo, tuvo la fortuna de que esa misma mañana, pocas horas después de su desalojo, el comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa visitó el asentamiento y fue testigo de las consecuencias: las pertenencias de la familia del señor Georgopoulos habían sido colocadas en la parte de atrás de su camioneta, que era también el sitio improvisado para que él y los otros siete miembros de su familia pudieran dormir, mientras que las huellas del bulldócer, todavía visibles en el terreno blando, llevaban a una pila de placas de madera machacadas. De hecho, la existencia de esa pila de madera hizo que dos concejales le dijeran al comisionado que no eran sino restos de una operación de limpieza (eufemismo usado por las autoridades locales en Grecia cuando se refieren a la demolición de las cabañas romaníes), y que no había tenido lugar ningún desalojo esa mañana.

Tras estos hechos, los romaníes presentaron una comunicación ante el Comité de Derechos Humanos (CDH), los autores de la comunicación alegaron que no tenían remedios efectivos a su disposición para oponerse a su doble desalojo. Además, subrayaron que sus desalojos no habían sido ordenados por un tribunal; por el contrario, cuando en el pasado el municipio había intentado desalojarlos por medios legales, se habían opuesto con éxito ante el tribunal competente, que había decretado que su desalojo era contrario a la ley y lo había paralizado

¹⁸ Georgopoulos and Others vs. Greece, Comité de Derechos Humanos, Communication 1799/2008, UN/Doc.CCPR/C/99/D/1799/2008 (2010).

en tanto no se les reubicara en una vivienda adecuada. Por último, los romaníes habían presentado también una denuncia penal, la cual tenía importantes retrasos.

El CDH determinó que los desalojos consecutivos de los demandantes habían violado el Convenio y le solicitó a Grecia que les proporcionara remedios efectivos y una reparación apropiada, incluida una indemnización. Le recordó a Grecia su obligación de garantizar que no volvieran a ocurrir esa clase de violaciones en el futuro.¹⁹ Se le ordenó al Estado griego informar en seis meses de las medidas adoptadas para implementar la decisión del CDH.

En cuanto a la implementación, la solicitud de los autores de recibir una indemnización por daños sigue pendiente en la actualidad ante las autoridades competentes del Estado, aunque tras la comunicación de la decisión a la Fiscalía de Patras por los representantes de los autores (puesto que las autoridades estatales no transmitieron de oficio la decisión del CDH a la Fiscalía), el caso fue reabierto y se inició un proceso penal contra el alcalde y los concejales de Patras que tomaron la decisión, y también contra funcionarios no conocidos que tomaron parte en el desalojo del autor de la comunicación. Al final, el alcalde y los dos concejales fueron declarados inocentes, lo que llevó a la presentación de otra comunicación ante el CDH, esta vez sobre la demora de las autoridades nacionales en cumplir oportunamente la opinión del Comité, y en especial en hacer responsables por sus actos a los funcionarios que habían aprobado el desalojo. Aparte de esos acontecimientos, el Estado griego no tomó medidas adicionales, como por ejemplo, aprobar un marco legislativo sobre desalojos forzosos, con el fin de ajustarse a la opinión del CDH. La no implementación de Grecia de la opinión del Comité llevó luego a la suspensión del diálogo sobre el seguimiento después de concluir que la implementación de su recomendación era insatisfactoria.²⁰

Denuncias colectivas en materia de vivienda de los romaníes y los trashumantes conforme a la Carta Social Europea

El CEDS es un órgano cuasi judicial que tiene a su cargo la supervisión del cumplimiento de los Estados que han firmado y ratificado

19 *Idem*, párr. 9.

20 HRC, Follow-up progress report on individual communications, adopted by the Committee at its 112th session (2014), UN/Doc.CCPR/C/112/3 (2014), p. 17.

la Carta Social Europea y su revisión de 1996. Entre sus funciones están, en primer lugar, la revisión de los informes entregados por los Estados contratantes (en los que recogen las medidas adoptadas para la implementación de las normas de la Carta), según un ciclo de presentación de informes, y la adopción de conclusiones con respecto al cumplimiento de la Carta por parte del Estado, y, en segundo lugar, la revisión de las demandas colectivas que se le presentan y la adopción de decisiones relativas a la conformidad de las alegaciones con lo dispuesto en la Carta.²¹ En sus decisiones relativas a las demandas colectivas en las que se alega la violación de los derechos a la vivienda de los romaníes, entre otros derechos,²² el CEDS ha reconocido la problemática de vivienda que viven los romaníes en varios países (en concreto en Grecia, Italia, Bulgaria, Francia, Portugal y Bélgica),²³ y también ha descrito hasta dónde llega del derecho a la vivienda.

21 Para una descripción más detallada del mandato de seguimiento del CEDS, véase http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/FAQ_en.asp#5_How_does_monitoring_work

22 Véanse las decisiones del CEDS sobre el fondo de los siguientes casos de demandas colectivas sobre vivienda de romaníes y trashumantes (entre paréntesis las fechas en las que se adoptaron las decisiones de fondo): *ERRC vs. Greece*, Collective Complaint 15/2003 (8 de diciembre de 2004); *ERRC vs. Italy*, Collective Complaint 27/2004 (7 de diciembre de 2005); *ERRC vs. Bulgaria*, Collective Complaint 31/2005 (18 de octubre de 2006); *International Movement ATD Fourth World vs. France*, Collective Complaint 33/2006 (5 de diciembre de 2007); *European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) vs. France*, Collective Complaint 39/2006 (5 de diciembre de 2007); *ERRC vs. France*, Collective Complaint 51/2008 (19 de octubre de 2009); *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (Interights) vs. Greece*, 49/2008 (11 de diciembre de 2009); *Centre on Housing Rights and Evictions (Cohre) vs. Italy*, Collective Complaint 58/2009 (25 de junio de 2010); *ERRC vs. Portugal*, Collective Complaint 61/2010 (30 de junio de 2010); *International Federation of Human Rights (FIDH) vs. Belgium*, Collective Complaint 62/2010 (21 de marzo de 2012); *Centre on Housing rights and Evictions (Cohre) vs. France*, Collective Complaint 63/2010 (28 de junio de 2011); *European Roma and Travellers Forum (ERTF) vs. France*, Collective Complaints 64/2011 (24 de enero de 2012); *Medecins du Monde-International vs. France* Collective Complaint 67/2011 (11 de septiembre de 2012). En el momento de redactar este capítulo, otras dos demandas colectivas sobre derechos a la vivienda de los romaníes han sido declaradas admisibles y están pendientes de resolución: *ERRC vs. Ireland*, Collective Complaint 100/2013 y *ERTF vs. the Czech Republic*, Collective Complaint 104/2014. Todas las decisiones y la documentación relacionada de la presente sección del capítulo (como documentos presentados por las partes, resoluciones del Comité de Ministros, etc.) están disponibles en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default_en.asp

23 Hasta la fecha no ha habido demandas colectivas (ni siquiera en los casos de demandas repetitivas) con respecto a las cuales el Comité haya determinado que la situación era conforme a la Carta; eso es a su vez una grave acusación contra las políticas de vivienda para los romaníes adoptadas por los Estados en cuestión. Es también muy probable que las conclusiones del Comité sean

Si el CEDS determina la existencia de una violación de la Carta, eso no significa la terminación de los procedimientos relativos a la demanda colectiva, puesto que el informe se remite después al Comité de Ministros; este último no puede anular la resolución del CEDS, pero sí puede socavar su importancia y efectos. Por tanto, si al Comité de Ministros se le presenta una decisión del CEDS que declara que un Estado ha violado la Carta, si existe una mayoría de dos tercios de los miembros del Comité de Ministros con derecho a voto (es decir, los ministros de los Estados que han ratificado la Carta Social Europea o su revisión), deberá adoptarse una recomendación dirigida al Estado infractor. Si no se alcanza el *quorum*, entonces el Comité adopta una resolución cuya parte operativa está formulada usualmente en términos neutrales o exhortativos. A este respecto debería señalarse que también se adoptan resoluciones cuando el CEDS ha verificado previamente que las alegaciones no constituyen una violación de la Carta. De hecho, el Comité de Ministros ha adoptado solo una vez una recomendación en relación con una demanda colectiva, en un caso contra Francia relacionado con los derechos profesionales de ciertas categorías de guías turísticos. En su recomendación, el Comité de Ministros ordenó varias medidas concretas que el Estado francés debía implementar para que la situación se ajustara a lo dispuesto en la Carta.²⁴

Para efectos de este artículo, nuestro análisis se limitará a las demandas colectivas consecutivas presentadas contra Grecia y Francia, poniendo de manifiesto no solo que sus respectivos gobiernos no han ajustado las políticas de vivienda para los romaníes a las determinaciones del CEDS, sino también el papel bastante pasivo de la institución encargada de la supervisión de la implementación de las decisiones del Comité, en este caso, el Comité de Ministros, frente a las violaciones reiteradas y especialmente graves de la Carta Social Europea.

parecidas para otros países con poblaciones romaníes notables, como Rumania, Hungría y Eslovaquia, ninguno de los cuales (hasta junio de 2015) había firmado (en el caso de Rumania) y ratificado (en el caso de Hungría y Eslovaquia) las normas relevantes de la Carta Social Europea Revisada o la Carta Social o el Protocolo de quejas colectivas que hubiera permitido la presentación de demandas colectivas contra ellos.

24 Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation RecChs (2001)1 on Collective complaint 6/1999, Syndicat national des Professions du tourisme vs. France, 31 de enero de 2001 (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=182943&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>).

Demandas colectivas contra Grecia

Recapitulación de las decisiones

En su decisión relativa a la primera demanda colectiva presentada contra Grecia en 2003 —ERRC *vs.* Greece—,²⁵ el CEDS determinó que el Estado había violado en 2004 el artículo 16 (el derecho de la familia a protección social, jurídica y económica) de la Carta Social Europea por tres razones: i) la insuficiencia de los alojamientos permanentes suministrados a los romaníes; ii) la falta de instalaciones temporales de acogida, y iii) los numerosos desalojos forzados y otras sanciones a los que eran sometidos los romaníes. El CEDS fue en especial crítico de la falta de medios institucionales del Estado griego para estimular o, en última instancia, obligar a las autoridades locales a emprender acciones que mejoraran las condiciones de vida de este grupo. Un cambio celebrado durante el transcurso de los procedimientos ante el CEDS fue la derogación del Reglamento Sanitario de 1983, explícitamente racista, que disponía la reubicación de los *athinganoi* (un término peyorativo para referirse a los romaníes) en asentamientos organizados; según las normas del reglamento, estos deberían encontrarse a las afueras de las áreas habitadas y a “distancia sustancial” del plan urbano o de las últimas casas contiguas de una comunidad o ciudad.

Salvo por la derogación de ese reglamento, Grecia no implementó ninguna medida efectiva para ocuparse sustantivamente de las determinaciones del CEDS, lo que hizo que este afirmara, en sus conclusiones de 2006 sobre el informe presentado por Grecia con respecto a las medidas tomadas, entre otras cosas, para cumplir con sus obligaciones derivadas del artículo 16, que la decisión relativa a la demanda colectiva no había sido implementada y que Grecia seguía violando el artículo 16 por las tres razones referidas.²⁶

La reiterada inacción de Grecia a la hora de tomar medidas en el área de la vivienda para los romaníes hizo que Interights presentara una segunda demanda en 2008; el Gobierno griego se opuso a su admisibilidad y argumentó, entre otras cosas, que la demanda presentada por Interights versaba sobre los mismos hechos ya presentados por ERRC y sobre los cuales el Comité de Ministros había adoptado una resolución, por la cual habían concluido los procedimientos. Alternativamente, el Gobierno griego argumentó que la implementación de la decisión del CEDS con respecto a la primera demanda

25 Collective Complaint 15/2003.

26 European Committee of Social Rights, Conclusions XVIII-1 (Greece): articles 1, 12, 13, 16 and 19 of the Charter (2006) 13 (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/GreeceXVIII1_en.pdf).

colectiva estaba siendo supervisada por el Comité en el marco del procedimiento ordinario de información contemplado por la Carta y, por tanto, no tenía sentido una nueva. En conclusión, el Gobierno griego consideró que la presentación de una nueva demanda sobre el mismo tema solo tres años después de la adopción de la resolución del Comité de Ministros constituía un abuso de las normas de procedimiento. En su decisión sobre admisibilidad, el CEDS declaró que no estaba impedido para examinar la demanda presentada por Interights por las razones presentadas por el Gobierno griego y procedió a declararla admisible.

En 2009, el CEDS adoptó su decisión sobre el fondo de la demanda, y volvió a declarar la violación del artículo 16 por Grecia. Reiterando sus determinaciones anteriores, el CEDS declaró que el Estado griego no había tenido en cuenta la situación particular de los romaníes cuando tomó las medidas para mejorar sus condiciones de vida, y también determinó que había lo que cabía calificar como una “violación continuada” del artículo 16, debido a los desalojos forzosos que seguían padeciendo los romaníes y la falta de efectividad de las medidas jurídicas disponibles para oponerse a ellos.

El CEDS llegaría otra vez a conclusiones parecidas en 2001, tras la evaluación del informe periódico de Grecia sobre el artículo 16: con respecto al seguimiento de la primera demanda colectiva, el CEDS declaró que la situación ordinaria seguía sin ajustarse a lo dispuesto en dicho artículo. Con respecto a la segunda demanda colectiva, el Comité declaró que puesto que la decisión fue adoptada al final del periodo correspondiente, el examen del seguimiento sería prematuro y solicitó al Gobierno griego incluir información integral y actualizada con respecto a la implementación de la decisión del Comité en su próximo informe periódico. Teniendo en cuenta la casi idéntica naturaleza de las dos demandas colectivas, podría asumirse sin problemas que salvo por la razón procedimental presentada por el CEDS, este comité hubiera encontrado que Grecia tampoco había implementado apropiadamente (si es que había hecho algo) la segunda decisión.²⁷

Implementación

Con respecto a la primera demanda colectiva presentada por ERRC contra Grecia, el Comité de Ministros declinó adoptar una recomendación y se limitó, en su resolución de 2005, a dejar constancia de haber

27 European Committee of Social Rights, Conclusions XIX-4 (2011) (Greece): articles 7, 8, 16, 17 and 19 of the Charter (2012) 15 (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/GreeceXIX4_en.pdf).

recibido el anuncio de varias medidas de política pública por parte del Gobierno griego.

Aun si este enfoque pasivo era resultado del respeto al principio de que los Estados deberían gozar de un amplio margen de apreciación a la hora de diseñar e implementar políticas que requieren un uso intensivo de recursos en los campos social y económico, es más difícil explicar que el Comité de Ministros no haya enfrentado el ataque frontal efectuado por el representante de Grecia contra el CEDS antes de la adopción de la resolución y, en última instancia, contra la propia Carta Social Europea, que merece la pena citar de manera extensa. Si bien reconocía que Grecia enfrentaba algunas “situaciones inadecuadas, que ocurren sobre todo en el ámbito local (sic)”, el representante de Grecia también comunicó al Comité de Ministros que:

Nosotros [el Gobierno griego] estamos cada vez más alarmados de lo que nos parece que constituye una tendencia en aumento: la de dar interpretaciones amplias o exageradas, cuando no falsas, de estos textos [es decir, de la Carta Social Europea]. Esas interpretaciones ni son legítimas ni son constructivas, ni fomentan que los Estados parte que no las han firmado y ratificado lo hagan, sobre todo el Protocolo Adicional, cuyas normas solo han sido aceptadas por trece Estados parte.

Teniendo esto presente, y reiterando nuestro compromiso con los valores consagrados en la Carta, desearíamos animar al Comité Europeo de Derechos Sociales a permanecer fiel al texto de la Carta y evitar la tentación, tal vez natural, de transformarla en un recipiente en el que todo cabe, que puede ser aplicada a todos y a todo bajo el cielo.

En lo que se refiere a la opinión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la demanda colectiva específica, nos gustaría recordar al Comité que este es un problema que enfrentamos todos los países europeos con población romaní. No es ni específico ni exclusivo de mi país.²⁸

El Comité de Ministros declinó también adoptar una recomendación con respecto a la segunda demanda colectiva presentada contra Grecia. Recuerda que el CEDS había declarado dos veces (primero en sus conclusiones relativas al informe de Grecia sobre el artículo 16, y segundo en su decisión sobre la demanda colectiva presentada por Intereights) que el Gobierno griego no había garantizado la implementación

28 Council of Europe Committee of Ministers, Intervention of the permanent representative of Greece to the Council of Europe ambassador Constantin Yerosostopoulos, item 4.1.a “Collective Complaint 15/2003: *European Roma Rights Center vs. Greece*”, 924th CM Meeting, 20 de abril de 2005 (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Notes/929/4.3c&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>).

apropiada de la primera decisión del CEDS. Sin embargo, en su resolución de 2011, el Comité de Ministros no se limitó, una vez más, a darse por enterado del nuevo rango de políticas anunciadas por el Gobierno griego, sino que también celebró las medidas (sobre todo de naturaleza legislativa) adoptadas a ese efecto y el compromiso (según el propio Estado) mostrado por Grecia para cambiar la situación y ajustarla a la Carta.

En conclusión, en un periodo de siete años, los autores señalaron que en cuatro casos el CEDS concluyó que la situación de vivienda de los romaníes en Grecia constituía una violación del artículo 16 de la Carta. Además, en dos de esos casos, llegó a esas conclusiones en el contexto de procedimientos cuasijudiciales y tras la entrega de información detallada por ambas partes. Es difícil ver por qué razones el Comité de Ministros podría sustituir en la práctica la valoración del CEDS por la suya propia y recortar las determinaciones incisivas del mismo, quitándoles todo efecto significativo. Los autores de la comunicación encuentran todavía más preocupante que el Comité de Ministros no haya tomado una posición frente a la condena maliciosa y hostil del CEDS y de la Carta efectuada por el representante del Gobierno griego, que pretendía trivializar y relativizar la penuria de vivienda de los romaníes, entre otras cosas. Aunque no es posible especular si la adopción de una recomendación o de una resolución redactada en términos más firmes hubiera forzado a Grecia a salir de su inercia y abordar sustantivamente la problemática de vivienda de los romaníes, es difícil pensar que la redacción blanda de las dos resoluciones del Comité tuviera algún efecto contra la falta de voluntad del Gobierno griego para encargarse del problema.

Demandas colectivas contra Francia

Recapitulación de las decisiones

Durante los últimos años, Francia ha sido objeto de demandas colectivas sucesivas con respecto a la situación de vivienda de los trashumantes y los emigrantes romaníes. Las primeras demandas colectivas sobre la situación de vivienda de las *gens du voyage* (trashumantes) presentadas contra Francia lo fueron por el International Movement ATD Fourth World (No. 33/2006) y la European Federation of National Organisations Working with the Homeless (Feantsa) (No. 39/2006). Las dos organizaciones presentaron demandas parecidas con respecto a la situación de vivienda de los trashumantes en Francia y, en especial, sobre la falta de un número apropiado de lugares de acampada y el peligro creciente de desalojos forzosos a causa de no contar con

suficientes lugares en donde aparcar sus caravanas. En su decisión sobre el fondo de ambas demandas, adoptada en 2007, el CEDS encontró una violación del artículo 31 de la Carta revisada (derecho a la vivienda) y destacó que las autoridades centrales y locales no habían atendido apropiadamente desde hace muchos años la situación de vivienda de los trashumantes.

Algunas de las alegaciones anteriores fueron también planteadas en la demanda colectiva presentada por el ERRC contra Francia en 2008 (No. 51/2008). Además de las alegaciones relativas al número inapropiado de lugares de acampada, el ERRC señaló que las condiciones de vida prevalecientes en muchos de los lugares en funcionamiento eran muy precarias; también consideró que las políticas del Estado francés no tenían en cuenta la adopción creciente de un estilo de vida sedentario o semisedentario por muchos trashumantes, lo que a su vez requería la adopción de políticas de vivienda más sensibles a las cuestiones culturales. El ERRC argumentó también que Francia no había aprobado medidas generales para proporcionar viviendas a los numerosos inmigrantes romaníes provenientes de otros países del Consejo de Europa, y también controvertía que las amplias facultades en materia de desalojo fueran conformes a la Carta, al no incluir la provisión de un alojamiento alternativo ni el desalojo como producto de una decisión judicial. Una vez más, la decisión del CEDS adoptada en 2009 señaló que la situación no se ajustaba a la Carta y declaró que Francia había violado, entre otros, el artículo 31 (derecho a la vivienda) y el artículo 16 (derecho de la familia a la protección social, jurídica y económica) de la Carta, junto con el artículo E (la cláusula de no discriminación) y también el artículo 19 (derechos de los trabajadores emigrados a la protección y la asistencia).

La siguiente demanda colectiva contra Francia fue presentada por el Centre on Housing Rights and Evictions (Cohre) en 2010 (No. 63/2010). La demanda se concentraba principalmente en los desalojos colectivos masivos de emigrantes romaníes de sus asentamientos improvisados, y en la expulsión subsecuente a sus países de origen por razones de orden público y seguridad, con un barniz de legitimidad gracias al pago de una ayuda a los romaníes para conseguir su "consentimiento" a la expulsión. En una de las decisiones, con un lenguaje más duro hasta la fecha, el CEDS criticó abiertamente las acciones del Gobierno francés y declaró que:

53. Teniendo en cuenta la adopción de medidas que son incompatibles con la dignidad humana y que van dirigidas a grupos vulnerables, y teniendo en cuenta el papel activo de las autoridades públicas en estructurar e implementar esta aproximación discriminatoria a la seguridad, el Comité

considera que los criterios relevantes (*Cohre vs. Italy*, demanda 58/2009, decisión sobre el fondo de 25 de junio de 2010, §76) se han cumplido y que hubo una violación agravada de los derechos humanos desde la óptica del artículo 31 de la Carta Revisada. Para llegar a esta conclusión, el Comité tiene también en cuenta el hecho de que ya determinó la existencia de violaciones en su decisión de 19 de octubre de 2009, sobre el fondo de la demanda 51/2008, *European Roma Rights Centre (ERRC) vs. France*.

54. Las medidas en cuestión revelan también la falta de respeto por los valores esenciales consagrados en la Carta Social Europea, en particular a la dignidad humana, y la naturaleza y extensión de esas medidas las diferencia de violaciones ordinarias a la Carta. Estas violaciones agravadas no afectan solo a sus víctimas o a su relación con el Estado demandado. También son un desafío a los intereses de la comunidad en general y a los estándares fundamentales compartidos por todos los Estados parte del Consejo de Europa, en concreto, los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. Por tanto, la situación requiere atención urgente por parte de los Estados parte del Consejo de Europa (*Centre on Housing Rights and Evictions (Cohre) vs. Italy*, demanda 58/2009, decisión sobre el fondo de 25 de junio de 2010, § 78). El Comité los invita a publicar su decisión sobre el fondo, una vez que haya sido notificada a las partes y al Comité de Ministros. Ocupándonos ahora de manera más específica del Estado demandado, haber encontrado violaciones agravadas implica no solo la adopción de medidas apropiadas de reparación, sino también la obligación de ofrecer garantías apropiadas de no repetición y garantizar que esas violaciones cesen y no vuelven a ocurrir.

En su reciente decisión de fondo sobre las demandas colectivas 64/2011 y 67/2011, el CEDS reiteró sus conclusiones previas adoptadas con respecto a las demandas colectivas mencionadas. También señaló que aunque los trashumantes tenían cada vez más sitios disponibles para aparcamiento y el Estado había asignado recursos financieros apropiados a ese fin, los plazos generales de implementación de las iniciativas gubernamentales estaban caracterizados por retrasos importantes, que hicieron a los trashumantes cada vez más proclives a los desalojos forzados sin que se les proporciona un alojamiento alternativo. Además, el CEDS verificó que el desalojo forzoso de romaníes búlgaros y rumanos continuaba, en violación de la Carta.

Implementación

En sus resoluciones relativas a las tres primeras demandas colectivas (es decir, las demandas 33/2006, 39/2006 y 51/2008), el Comité de Ministros se limitó a dar por recibidas las decisiones del CEDS y le solicitó al Gobierno francés implementar adecuadamente las medidas que había anunciado entretanto, y mantener informado regularmente al Comité

con respecto a todos los desarrollos pertinentes. En fuerte contraste con el Gobierno griego, la delegación francesa presentó al Comité de Ministros abundante información sobre las medidas concretas de política pública que ya había adoptado o estaba en camino de adoptar para cumplir las determinaciones del CEDS, y también fue más suave en su crítica a este. Además, las decisiones del CEDS se produjeron en un momento en el que el Estado francés se dirigía hacia una legislación innovadora, conocida como Loi DALO, sobre el derecho a la vivienda exigible ante los tribunales.²⁹ Por tanto, era lógico que se le proporcionara espacio al Gobierno francés para que reformara sus políticas y legislación de vivienda, que afectarían también el campo de la vivienda para los romaníes y los trashumantes.

Sin embargo, algo bastante sorprendente (aunque previsible) fue que el Comité de Ministros no adoptara una recomendación o manifestara su preocupación con respecto a la demanda colectiva presentada por Cohre y relativa a los desalojos en masa y las expulsiones reiteradas de emigrantes romaníes de Francia. Además, teniendo en cuenta el duro lenguaje empleado por el CEDS (que caracterizó las violaciones como “violación agravada de los derechos humanos”), cabría haber esperado legítimamente que el Comité de Ministros hubiera reflejado al menos algunas de las fuertes críticas del CEDS a las políticas abiertamente discriminatorias del Estado francés. Sin embargo, este Comité de nuevo dio por recibido el informe del CEDS y les solicitó a las autoridades francesas informarle en una reunión futura de las medidas adoptadas para ocuparse de las determinaciones. Por tanto, no debería sorprender que el Comité de Ministros tampoco adoptara una recomendación con respecto a las dos siguientes demandas colectivas (64/2011 y 67/2011). Como síntesis de las resoluciones anteriores del Comité de Ministros con respecto a Grecia y Francia, cabría decir que dan la impresión de que el Comité intenta quitarles importancia —cuando no pasar por alto— a las determinaciones del CEDS. Aunque es evidente que su composición, y su mismo nombre, debería ser suficiente para reducir las expectativas de cualquiera con respecto a su potencial como mecanismo efectivo de supervisión de la implementación, la situación actual también debilita la efectividad de la Carta Social Europea y, en última instancia, es un desincentivo para que los Estados parte cumplan con sus obligaciones conforme a la Carta.

29 Ley 2007-290 de 5 de marzo de 2007, conocida como Loi DALO (Droit au Logement Opposable; Derecho Exigible Judicialmente a la Vivienda).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: jurisprudencia sobre vivienda

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el Tribunal) es el árbitro final para el cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte derivadas de la Convención Europea de los Derechos Humanos. Sin embargo, hasta la entrada en vigor del Protocolo 14, que introdujo cambios determinantes a la Convención, la supervisión de sus sentencias era una prerrogativa exclusiva del Comité de Ministros, el mismo órgano que adopta resoluciones con respecto a las demandas colectivas conforme a la Carta Social Europea y la Carta Social Europea Revisada, a las que nos referimos atrás, y al que los Estados parte tenían que presentar esquemas de las medidas generales e individuales que pretendían adoptar e implementar para ocuparse de las determinaciones del Tribunal y garantizar que no ocurrían violaciones parecidas en el futuro. A diferencia de los procedimientos que tienen lugar ante el Comité de Ministros conforme a la Carta Social Europea, aquí los demandantes y sus defensores tienen una intervención limitada, que se plasma en proporcionar información al Comité sobre la efectividad de las medidas adoptadas por el Estado demandado, lo que permite un intercambio más amplio de información y la formación de una imagen más clara. Hasta hace poco, la manera más práctica, y también más visible públicamente, mediante la cual el Comité podía expresar su insatisfacción con las medidas adoptadas para ejecutar una sentencia era la aprobación de una resolución provisional en la que criticaba e instaba al Estado demandado a emprender debidamente todas las medidas necesarias a ese fin. Si bien es cierto que hasta hoy el Comité de Ministros ha evitado aprobar resoluciones provisionales en cualquiera de los casos sobre romaníes que estudiamos a continuación (aunque ha amenazado con hacerlo en un caso, en lo que sería un cambio prometedor y bienvenido), también los ha mantenido abiertos para su revisión, con lo que ha ejercido al menos un poco de presión sobre los Estados parte. Tras la entrada en vigor del Protocolo 14, el Tribunal puede ahora intervenir directamente en la etapa de implementación: el Comité podría solicitar, tras un voto favorable de dos tercios de sus representantes, una sentencia interpretativa del Tribunal con respecto al lenguaje de la sentencia o iniciar un proceso por incumplimiento contra un Estado si considera que no ha cumplido con sus obligaciones relativas a la ejecución de una sentencia (OSJI, 2010, pp. 45-49).

El desarrollo del enfoque del Tribunal con respecto a los casos de vivienda que afectan a romaníes y trashumantes no puede verse de manera aislada con respecto a una serie de casos presentados por estos

grupos contra el Reino Unido. Una revisión de la jurisprudencia relevante del Tribunal es, por tanto, necesaria antes de abordar la presentación de los dos estudios de caso, en especial porque la Convención Europea de Derechos Humanos no contempla un derecho a la vivienda, y la interpretación de ese derecho tan específico en la Convención solo fue posible tras intentos persistentes de que se reconociera, mediante demandas ante el Tribunal y también mediante la adopción por ese órgano judicial de un enfoque más integral y contextual, el problema de la vivienda en general y el de los romaníes y los trashumantes en particular. Ese enfoque progresivo llevó, en última instancia, al caso histórico de *Winterstein y Others vs. France*, en el que el Tribunal determinó una violación del artículo 8 debido a la falta de disponibilidad de una vivienda culturalmente apropiada.³⁰

Los casos británicos sobre gitanos y trashumantes

El Tribunal conoció por primera vez los problemas de vivienda padecidos por los romaníes y los trashumantes gracias a una serie de casos originados en el Reino Unido. Aunque todas las demandas (menos una) fueron rechazadas en última instancia, son un hito evolutivo en el enfoque del Tribunal con respecto a los casos de vivienda relativos a los romaníes y trashumantes.

Las primeras demandas que llegaron al Tribunal fueron los casos *Jones vs. the UK*³¹ y *Smith and Others vs. the UK*.³² En el primero, la Comisión (como era en aquel entonces) determinó que la negativa de las autoridades a conceder un permiso urbanístico al demandante para poder aparcar su caravana en un terreno de su propiedad constituía una interferencia legítima y proporcionada con sus derechos, en especial teniendo en cuenta que las autoridades competentes habían realizado un examen cuidadoso de su solicitud y alegaban razones convincentes para su decisión. En el segundo caso, los demandantes denunciaban la escasez de lugares apropiados para los gitanos en el área en la que vivían y la falta de remedios efectivos que permitieran enfrentar esa situación. La Comisión declaró que si bien en principio el estilo de vida tradicional de una minoría merece la protección concedida por el artículo 8, las quejas de los demandantes afectaban cuestiones

30 Appl. 27013/07 ECHR, 17 de octubre de 2013.

31 Appl. 14837/89 ECHR, 7 de mayo de 1990. De hecho, hubo un caso anterior en el que la Corte, tras la retirada del demandante del proceso debido a la concesión de permisos urbanísticos que había solicitado entretanto, eliminó el caso de su lista. Véase *Drake vs. the UK*, Appl. 11748/85 ECHR, 7 de mayo de 1990.

32 Appl. 14455/88 ECHR, 4 de septiembre de 1991.

de política pública y de la administración pública, y la Comisión no estaba bien preparada para abordar esos problemas. A la vista de la deferencia que había que mostrarles a las autoridades para tal efecto, junto con las pruebas de que estas habían tenido en cuenta la situación de los demandantes, la Comisión declaró que esas alegaciones estaban mal fundamentadas.

A los demandantes posteriores no les fue mejor,³³ pero sus demandas le dieron al Tribunal la oportunidad de desarrollar con más detalle su enfoque sobre los problemas de vivienda de los gitanos y trashumantes; por tanto, reafirmó en esos casos que las caravanas estacionadas sin el correspondiente permiso urbanístico eran viviendas a los efectos del artículo 8 y, por esta razón, entraban en su ámbito de protección. El Tribunal consideró también que los Estados tenían la obligación de facilitar “la forma de vida gitana”.³⁴ Asimismo, dejó traslucir que estaría dispuesto a revisar su jurisprudencia sobre esos temas cuando hubiera un consenso paneuropeo sobre ellos.³⁵ Un aspecto muy importante de esas sentencias, a menudo pasado por alto, está relacionado con la declaración del Tribunal de que en casos de desalojo, la disponibilidad y provisión de un alojamiento alternativo por las autoridades son factores compensatorios que deberían tenerse en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la interferencia,³⁶ con lo que sugería que un desalojo no acompañado de la provisión de un alojamiento alternativo podría ser contrario al artículo 8. El

33 Véanse *Chapman vs. United Kingdom*, Appl. 27238/95; *Beard vs. United Kingdom*, Appl. 24882/94; *Coster vs. United Kingdom*, Appl. 24876/94; *Lee vs. United Kingdom*, Appl. 25289/94; *Jane Smith vs. United Kingdom*, Appl. 25154/94. Los cinco casos fueron acumulados por la Gran Sala del TEDH que aprobó su sentencia el 18 de enero de 2001.

34 *Chapman vs. United Kingdom*, párr. 96: “Como se expresó en *Buckley*, la posición vulnerable de los gitanos como minoría significa que debe darse una consideración especial a sus necesidades y a su estilo de vida diferente tanto en el marco de la planeación regulatoria relevante como en las decisiones adoptadas en casos específicos [...] En esa medida hay pues una obligación positiva impuesta a los Estados contratantes en virtud del art. 9 de facilitar la forma de vida de los gitanos”.

35 *Idem*, párr. 70.

36 *Chapman vs. United Kingdom*, párr. 103: “Una consideración relevante adicional, que debe tenerse en cuenta en primer lugar por las autoridades, es que, si no hay un alojamiento alternativo, la interferencia es más grave que cuando ese alojamiento está disponible. Cuanto más adecuado es el alojamiento alternativo, menos grave es la interferencia causada al demandante cuando se le mueve de su alojamiento actual”. El Tribunal declaró en última instancia que había lugares alternativos para la demandante y que no había alegado ante el Tribunal consideraciones especiales que le impidieran usarlos.

Tribunal ha confirmado ese enfoque en casos posteriores sobre gitanos y trashumantes.³⁷

Los autores han optado por presentar los dos primeros casos sobre vivienda relativos a los romaníes y los trashumantes que están en los dos extremos del espectro, tanto por la gravedad de las violaciones encontradas por el Tribunal como por la amplitud y el ámbito de las medidas de implementación requeridas por sus sentencias. Luego realizamos un análisis del caso *Yordanova and Others vs. Bulgaria* que, cabría sostener, aún muchas de las líneas de análisis de este capítulo.

Seguridad en la posesión de los gitanos y trashumantes en lugares públicos pertenecientes a las autoridades locales

El primer caso exitoso sobre gitanos y trashumantes presentado ante el Tribunal fue el de *Connors vs. the UK*, en el que el demandante, un gitano, fue desalojado de un terreno público de las autoridades locales en el que él y su familia habían residido durante varios años, tras un procedimiento sumario de desalojo que no estaba condicionado por una decisión judicial previa que decidiera sobre el fondo del caso, sino que era automática en ciertos casos previstos por la ley. El Tribunal comenzó observando que el demandante y su familia no tenían seguridad en la posesión (según el derecho nacional aplicable a las personas trashumantes que vivían en esos lugares, eran considerados como ocupantes en precario, no como poseedores), que si el señor Connors hubiera vivido en cualquier otra forma de vivienda su desalojo hubiera requerido una decisión judicial, y que no se daba ninguna justificación para esa diferencia de trato. El Tribunal declaró que el desalojo del demandante no había respetado ninguna garantía procesal y, por tanto, constituía una violación de las garantías procesales del artículo 8.³⁸

37 Véase *Codona vs. United Kingdom*, Appl. 485/05 ECHR, 7 de febrero de 2006. Para un caso parecido con respecto a los trashumantes franceses (*Gens du Voyage*), véase *Gabriel Louis Stenegry et Mme Sonia Adam c. France*, Appl. 40987/05 ECHR, 22 de mayo de 2007. En ambos casos, el Tribunal declaró que las autoridades les habían provisto de hecho a los demandantes (un gitano británico y trashumantes franceses, respectivamente) un alojamiento alternativo adecuado tras su desalojo, y por ello no había violación del artículo 8, aun cuando el alojamiento provisto no satisficiera sus necesidades de una vivienda adecuada desde el punto de vista cultural.

38 Appl. 66746/01, 27 de mayo de 2004. El Tribunal le dio una importancia significativa al hecho de que el demandante residía en un lugar en el que se había establecido legalmente, distinguiéndolo así de los casos previos de “gitanos” en los que los demandantes se habían instalado en terrenos con pleno conocimiento de que estaban violando las normas urbanísticas.

En cuanto a la implementación de la sentencia Connors, fue hasta abril de 2011, y solo con respecto a Inglaterra, que la legislación relevante (plasmada en la Sección 318 de la Ley de Vivienda y Renovación Urbana de 2008), la posición jurídica de los terrenos de las autoridades locales, se alineó con respecto a otras formas de vivienda (las casas reguladas en la Ley de Casas Móviles de 1983), una propuesta que ya había realizado el Comité Parlamentario Conjunto sobre Derechos Humanos en 2005 (Joint Committee on Human Rights, 2007, p. Chapter 7). La Sección 318 se aplicaría de forma efectiva en Gales solo a partir del 10 de julio de 2013. Entretanto, en 2013, el Comité de Ministros cerró la supervisión de la implementación del caso Connors, aunque señaló que continuaría la supervisión de su ejecución en cuanto a Gales, en el contexto de la sentencia Buckland (que a todos los efectos es idéntica a Connors, salvo que concierne al desalojo de un trashumante en Gales);³⁹ al final, solo en noviembre de 2013 el Comité de Ministros concluiría completa y efectivamente su supervisión de la ejecución de la sentencia Connors.⁴⁰ En otras palabras, le llevó al Reino Unido nueve años adoptar las medidas necesarias (que eran relativamente claras) para cumplir con las determinaciones del Tribunal en Connors, mientras que durante más de dos años los trashumantes en Gales tuvieron un nivel menor de protección que los de Inglaterra.⁴¹ Es justo sospechar que hubiera llevado más tiempo si no hubiera sido por la presión política activa y persistente y por el activismo de las organizaciones de trashumantes y sus defensores (Johnson *et al.*, 2010).

Los casos de los pogromos contra los romaníes en Rumania

Estos casos se refieren a los pogromos contra los romaníes que tuvieron lugar a comienzos de la década de los noventa en Rumania, en los que la población no romaní local asesinó a romaníes y causó la destrucción generalizada de sus viviendas y posesiones.⁴² Para nuestros

39 App. 40060/08, ECHR, 18 de septiembre de 2012.

40 Resolution CM/ResDH(2013) 237, adoptada el 20 de noviembre de 2013 (<http://hudoc.echr.coe.int/>).

41 Siendo justos, habría que señalar que fueron aprobadas otras medidas entretanto; así, por ejemplo, tras las modificaciones legislativas los tribunales podían parar un desalojo hasta doce meses. Sin embargo, como la Corte determinó en Buckland, eso no constituía un remedio efectivo (ni ajustado al art. 8) en la medida en que no permitía al demandante cuestionar la proporcionalidad de la orden de desalojo, sino solo suspender el desalojo del afectado. *Ibid.*, párr. 68.

42 Para un relato más personal de las consecuencias que siguieron a los acon-

propósitos, estos casos pueden dividirse en dos grupos: el primero se refiere a aquellos que concluyeron mediante un acuerdo extrajudicial amistoso⁴³ o que fueron archivados por el Tribunal debido a una declaración unilateral del Gobierno rumano⁴⁴ en la que se reconocían las múltiples violaciones de la Convención; el segundo grupo está formado por el único caso que fue examinado por el Tribunal conforme a un procedimiento contencioso.⁴⁵ En este, el Tribunal determinó que se habían producido violaciones de los artículos 3 y 8, entre otros, debido a las terribles condiciones de vida y a la discriminación experimentada por los demandantes⁴⁶ tras la destrucción de sus viviendas por una masa enfurecida, con la aquiescencia de la policía. En relación con todos estos casos, el Gobierno rumano se comprometió a implementar varias medidas generales a fin de proporcionar una compensación plena a los demandantes y asegurar que incidentes parecidos no ocurrieran en el futuro.

Con el propósito de cumplir sus obligaciones según la sentencia del Tribunal en los casos *Moldovan 1 y 2*, el Gobierno diseñó un plan de acción socioeconómico llamado “Programa para el desarrollo comunitario de Hădăreni 2006-2008” (normalmente conocido como el “Programa Hădăreni”), aunque otro programa parecido iba a implementarse en el marco de la ejecución de las sentencias *Gergely, Kalanyos et al.* y *Tănase and Others*. Los programas contemplaban varias iniciativas, que iban del fomento del desarrollo económico, el aumento de la conciencia pública y actividades contra la discriminación por parte de los funcionarios y las comunidades no romaníes, a la rehabilitación y la entrega de viviendas y construcción de infraestructura.

tecimientos de 1993, así como del fracaso persistente del Gobierno rumano en reparar adecuadamente los derechos de las víctimas, véase la entrevista con el activista de derechos humanos István Haller, titulada “Destroyed houses and a lot of confused people” (<http://www.errc.org/blog/destroyed-houses-and-a-lot-of-confused-people/67>)

43 *Moldovan and Others vs. Romania* (1, acuerdo extrajudicial amistoso), Appl. 41138/98 y 64320/01 ECHR, 5 de julio de 2005.

44 *Kalanyos and Others vs. Romania* (derogando), Appl. 57884/00 ECHR, 26 de abril de 2007; *Gergely vs. Romania* (striking out), Appl. 57885/00 ECHR, 26 de abril de 2007; *Tănase and Others vs. Romania* (striking out), Appl. 62954/00 ECHR, 26 de mayo de 2009.

45 *Moldovan and Others vs. Romania* (No. 2), Appl. 41138/98 y 64320/01 ECHR, 12 de julio de 2005.

46 *Idem*, párr. 113: “A la luz de lo anterior, el Tribunal encuentra que las condiciones de vida de los demandantes y la discriminación racial a la que han estado públicamente sujetos por la manera en que son tratadas sus quejas por las distintas autoridades constituye una interferencia con su dignidad humana que, en las circunstancias especiales del caso, equivale a un ‘trato degradante’ en el sentido del artículo 3 de la Convención”.

En cuanto al más emblemático de los casos y el programa de implementación más ambicioso, es decir, el Hădăreni, puede afirmarse con seguridad que el programa original que debía concluir en 2009 no cumplió siquiera sus objetivos más básicos debido a una combinación de inercia burocrática y gestión ineficiente, más que a falta de financiación.⁴⁷ A consecuencia de ese fracaso palpable, ampliamente reseñado en los documentos sucesivos presentados por el ERRC y la ONG rumana romaní, Romani CRISS, ante el Comité de Ministros, el programa ha sido revisado varias veces y, sin embargo, no está previsto que concluya en un futuro próximo. Si se pone en perspectiva habría que señalar que veintidós años después de los acontecimientos, tras dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos publicadas en 2005, y la conclusión nominal de un programa de tres años y de sus revisiones subsiguientes, la comunidad romaní de Hădăreni tiene todavía que recibir una compensación plena por los acontecimientos abominables de 1993. Visto el fracaso persistente de Rumania en la implementación del programa Hădăreni, era casi inevitable la decisión de los demandantes de iniciar —con la ayuda de ERRC y de Romani CRISS— nuevos procedimientos legales contra el Estado rumano ante los tribunales nacionales y el Consejo Nacional de Lucha contra la Discriminación, considerando las fallas de Rumania a la hora de ejecutar las dos sentencias.⁴⁸

No obstante, es interesante observar el giro de los acontecimientos que tuvo lugar en diciembre de 2014, cuando el Comité de Ministros condenó de manera muy dura la inercia del Gobierno rumano y lo amenazó efectivamente con la adopción de una resolución provisional; el Comité “deploraba el retraso significativo y persistente” en la ejecución efectiva de las sentencias y aprobó un ultimátum al Gobierno rumano, que ordenaba a la Secretaría del Comité que, en ausencia de un “progreso sustantivo concreto” antes de la próxima revisión en junio de 2015, la Secretaría debía preparar un proyecto de resolución provisional.⁴⁹ El ultimátum tuvo algún efecto, puesto que el Gobierno

47 Para un resumen extenso del programa, críticas relacionadas de las ONG y preocupaciones del Comité de Ministros, véanse los documentos relevantes entregados en la página web del Comité de Ministros dedicada a la supervisión de las sentencias (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp).

48 Para un resumen de los procedimientos nacionales y también una actualización de las iniciativas del Gobierno, véanse los dos últimos memoriales de las ONG presentados al Comité de Ministros en febrero de 2014 (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp).

49 Consejo de Europa, Comité de Ministros, reunión 1214 de los delegados ministeriales, 4 de diciembre 2014, decisión caso 15, grupo moldavo contra Rumania (http://www.coe.int/T/CM/humanRights_en.asp).

rumano se dio prisa en tomar algunas medidas; aunque el Comité celebró las medidas del Gobierno, instó a las autoridades a intensificar sus esfuerzos para conseguir la plena ejecución de las sentencias y decidió retomar la consideración de los casos en marzo de 2016.⁵⁰

Aunque es todavía prematuro afirmar que estemos ante un giro del enfoque del Comité con respecto a los Estados que se niegan a ejecutar las sentencias del Tribunal (por no mencionar el que se hubiera redactado una resolución provisional contra el Estado), esas muestras de firmeza por parte del Comité son bienvenidas.

Yordanova: un caso paradigmático

El caso reciente de *Yordanova and Others vs. Bulgaria*⁵¹ ilustra ampliamente estos dos aspectos. Es un caso realmente innovador, que une en lo conceptual las diferentes corrientes y los distintos enfoques normativos e interpretativos expuestos en las sentencias anteriores. Trata del desalojo suspendido de una comunidad romaní que se había instalado en una localidad de Sofía (Bulgaria), a comienzos de la década de los sesenta. Tras invadir propiedad municipal, los romaníes habían procedido a construir sus casas sin obtener primero licencias urbanísticas municipales, por lo que no habían sido conectados a las redes de servicios públicos. Las autoridades municipales decidieron desalojarlas y, tras fracasar ante los tribunales nacionales, los demandantes decidieron presentar una demanda ante el Tribunal Europeo.

En lo que en sí constituye una innovación importante, el Tribunal dictó medidas provisionales contra el Gobierno búlgaro conforme al artículo 39 del Reglamento del Tribunal y le solicitó suspender la ejecución de la decisión judicial nacional final que autorizaba el desalojo de los demandantes hasta que hubiera tomado una decisión (de hecho, esta fue la primera vez que el Tribunal uso la facultad de conceder una medida provisional conforme al artículo 39 en el contexto de la vivienda y los desalojos).⁵² Hay que señalar que este desarrollo fue recogido por otros órganos internacionales judiciales y casi judiciales: el 15 de noviembre de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) concedió medidas provisionales y les solicitó a las autoridades haitianas no desalojar forzosamente a las personas internamente

50 Consejo de Europa, Comité de Ministros, reunión 1230 de los delegados ministeriales, 11 de junio de 2015, decisión en el caso 14, grupo moldavo contra Rumania (http://www.coe.int/T/CM/humanRights_en.asp).

51 Appl. 25446/06 ECHR, 24 de abril de 2012.

52 Las medidas de la regla 39 suelen ser aplicables en casos de extradición o expulsión pendiente a países en los que el demandante puede ser torturado o incluso asesinado.

desplazadas (PID) de sus campos, y también proporcionar un alojamiento adecuado a aquellos que ya habían sido desalojados.⁵³ En ese mismo sentido, el 8 de julio de 2011, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) le solicitó al Gobierno búlgaro desistir del desalojo forzoso de la comunidad romaní de Dobri Jeliakov, hasta que hubiera examinado la comunicación.⁵⁴ Además, cuando las autoridades locales intentaron coaccionar a los romaníes para que abandonaran su asentamiento cortándoles el suministro de agua, el Comité dictó un requerimiento provisional adicional el 9 de mayo de 2012, mediante el cual les recordaba a las autoridades búlgaras otro requerimiento previo y les ordenaba restablecer el suministro de agua corriente a la comunidad.⁵⁵

Regresando al caso *Yordanova and Others*, en su sentencia el Tribunal subrayó, entre otras cosas, las necesidades y la posición vulnerable de los demandantes y señaló que, a pesar de las medidas e iniciativas de la política de vivienda adoptadas por el Gobierno búlgaro para mejorar la vida de los romaníes en Bulgaria, los demandantes no se habían beneficiado de esos programas. Eso tuvo mucho peso en la determinación de la Corte que consideró que su desalojo había sido desproporcionado y una violación del artículo 8. En su sentencia, el Tribunal se refirió también a una demanda colectiva previa presentada por el ERRC, el caso *European Roma Rights Centre vs. Bulgaria* (Coll. Compl. 31/2005), en el que el CEDS había señalado, entre otras cosas, que la simple garantía de trato igualitario como medio de protección contra la discriminación no bastaba, y que la integración de la minoría romaní requería la adopción de medidas de acción positivas. Aunque el Tribunal, en línea con su jurisprudencia, se abstuvo de declarar explícitamente que el artículo 8 incluyera el derecho a solicitar una vivienda, no obstante, declaró que esa obligación podía surgir, en

53 Para un resumen del caso, y de las medidas provisionales otorgadas, véase caso PM 367-10 - Forced Evictions from Five Camps for Displaced Persons, Haiti, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2010.

54 La medida provisional del Comité está disponible en División de Tratados de Derechos Humanos, carta al Sr. Thiele y la Sra. Mihailova, 8 de julio de 2011 (<http://globalinitiative-escr.org/wp-content/uploads/2012/05/Human-Rights-Committee-intervention-Interim-Measures.pdf>). Los autores agradecen a Bret Thiele, codirector ejecutivo de Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights y correpresentante de los demandantes ante el Comité, por compartir su información sobre las circunstancias de fondo y también sus perspectivas sobre el caso.

55 División de Tratados de Derechos Humanos, carta a la Sra. Mihailova y al Sr. Thiele, 9 de mayo de 2012 (<http://globalinitiative-escr.org/wp-content/uploads/2012/05/Human-Rights-Committee-intervention-Access-to-Water.pdf>).

casos excepcionales, cuando hubiera que garantizar alojamiento a “individuos en una situación especial de vulnerabilidad”. El Tribunal fue también muy crítico del fracaso de las autoridades a la hora de adoptar un enfoque más proporcional en el contexto del caso: las autoridades no habían examinado, por ejemplo, si podía suministrarse un alojamiento alternativo a los demandantes, si se les hubieran podido suministrar viviendas sociales o si las viviendas de los romaníes podían haberse regularizado. Es especialmente interesante la decisión del Tribunal relativa al artículo 46, según la cual les solicitaba a las autoridades búlgaras anular la decisión nacional final que ordenaba el desalojo de los demandantes o suspenderla hasta que se hubieran rehabilitado sus viviendas conforme a las directrices ya referidas.

Un análisis y una interpretación sociológica de los argumentos del Gobierno búlgaro (puesto que no podrían considerarse argumentos jurídicos, o al menos no argumentos jurídicos fundamentados) en el caso *Yordanova and Others* es un testimonio llamativo de la reticencia este a respetar sus obligaciones internacionales y de la profunda marginación de los romaníes en Bulgaria. A pesar de los compromisos del Gobierno con la mejora de las condiciones de vivienda de los romaníes y la necesidad de adoptar medidas afirmativas con ese fin (como subrayó el CEDS en su decisión de 2006 sobre la demanda colectiva 31/2005 *European Roma Rights Centre vs. Bulgaria*), este no encontró incongruente alegar ante el Tribunal que adoptar medidas de acción afirmativa para los romaníes equivaldría a darles un trato “privilegiado” (sin perjuicio de que, por ejemplo, se preveía también la regularización de los asentamientos ilegales para las personas de etnia búlgara) y que eso sería discriminatorio con la mayoría de la población. El Gobierno búlgaro se manifestó también sin ambigüedades a favor de los residentes no romaníes (que habían pedido reiteradamente la expulsión de los romaníes y recurrían a las típicas invectivas en contra de estos, acusándolos de diversas infracciones y exigiendo que se les devolviera al lugar del que venían), y señaló que el caso que estaba decidiendo el Tribunal era en realidad una disputa entre residentes legales del vecindario y demandantes que habían invadido terrenos municipales, y “cuya forma de vida está en contradicción con las normas legales de orden público y en ese sentido generan tensiones en la sociedad”.⁵⁶ El Gobierno búlgaro iría incluso más lejos, y le solicitaría al Tribunal tener en cuenta en sus deliberaciones que encontrar una violación de la Convención enviaría “un mensaje equivocado” al resto de la sociedad búlgara que esperaba que la ley se aplicara a todos por igual.

56 Appl. 25446/06 ECHR, 24 de abril de 2012, párr. 99.

Aunque en este momento solo cabe especular, lo anterior indicaría que el Gobierno búlgaro cumplirá plenamente la sentencia del Tribunal a regañadientes, si acaso, sobre todo porque no parece estar convencido de la necesidad, y todavía menos de su deber moral, de integrar a los romaníes en la sociedad dominante, ocupándose entre otras cosas de sus condiciones de vivienda, algo que requeriría combatir los estereotipos racistas y los prejuicios en contra de los romaníes que están presentes en la sociedad búlgara. De hecho, un cínico señalaría que si se realiza un cálculo puramente maquiavélico de costo-beneficio, el Gobierno búlgaro (o cualquier otro gobierno a esos efectos) tendría más pérdidas si intenta cumplir con sus obligaciones respecto a estos grupos impopulares como los romaníes que si desobedece las sentencias de los tribunales internacionales contra él. Eso todavía es más cierto cuando se tiene en cuenta que los romaníes no son solo un grupo minoritario impopular, sino que son el grupo minoritario más impopular. Según una encuesta de 2015, la Pew Research Survey, los romaníes continúan siendo la minoría más despreciada; un 86 % de los italianos encuestados tienen una opinión desfavorable sobre ellos.⁵⁷ Hay que comparar esto con la percepción del público italiano acerca de la comunidad LGBT; en una sentencia reciente sobre reconocimiento legal de relaciones del mismo sexo, *Oliari and Others vs. Italy*, el Tribunal tuvo en cuenta la aceptación popular de las parejas homosexuales en la sociedad italiana, y también el apoyo a su reconocimiento y protección.⁵⁸ Pasará algún tiempo antes de que el Tribunal esté en posición de llegar a conclusiones parecidas con respecto a los romaníes en Italia.

Los desarrollos que han seguido a la sentencia *Yordanova* en Bulgaria le dan credibilidad a esta valoración: el Gobierno búlgaro no ha presentado todavía ningún plan para proporcionarle a la comunidad romaní alojamiento alternativo, sino que ha optado simplemente por postergar el desalojo *sine die*. También se comprometió a celebrar una serie de seminarios y cursos de formación para aumentar la conciencia de las autoridades locales y de los jueces con respecto a la justificación de la sentencia, y a formular recomendaciones sobre enmiendas legislativas y de política pública.⁵⁹ Sin embargo, en la práctica no parece haber cambiado nada; los desalojos de romaníes en condiciones

57 Pew Research Center, *Faith in European Project Reviving*, 2 de junio de 2015, capítulo 3 (<http://www.pewglobal.org/2015/06/02/chapter-3-anti-minority-sentiment-not-rising/>).

58 GC, Appl. 18766/11 y 36030/11 ECHR, 21 de julio de 2015, párr. 181.

59 Véase el Plan de Acción del Gobierno búlgaro (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Themes/Add_info/Info_cases_en.asp).

y circunstancias parecidas a las de Yordanova continúan sin freno⁶⁰ en medio de un discurso contra esta minoría entre los candidatos a las próximas elecciones locales,⁶¹ que obliga a las ONG a dirigirse una vez más al Tribunal Europeo y presentar una solicitud conforme al artículo 39 de su reglamento.⁶²

Conclusiones: ¿del uso estratégico de los tribunales a la guerra (jurídica) total?

En este breve estudio acerca del cumplimiento de las decisiones de los tribunales internacionales relativas a la vivienda de los romaníes y los trashumantes comienzan ya a aparecer algunos aspectos dignos de notar. En primer lugar, los desarrollos jurisprudenciales innovadores dejan claro, más allá de toda duda, al menos en circunstancias específicas y con respecto a ciertos grupos vulnerables, que el derecho a la vivienda es exigible plenamente ante los tribunales, a la par de los derechos civiles y políticos (o derechos de “primera generación”).

En segundo lugar, solo en raras ocasiones los Estados invocan razones puramente financieras como justificación para no haber implementado apropiadamente políticas de vivienda para los romaníes; ni Grecia ni Francia, por ejemplo, atribuyeron a la carencia de fondos la falta de progreso en garantizar viviendas adecuadas a los romaníes y los trashumantes ante el CEDS; si acaso, sus alegaciones están llenas de

60 Véanse los artículos de Romea Cz: “Bulgaria: Roma blockade demolition of their homes, riot police intervene”, 22 de julio de 2014 (<http://www.romea.cz/en/news/bulgaria-roma-blockade-demolition-of-their-homes-riot-police-intervene>); BBC, “Bulgaria tensions lead to Roma home demolitions”, 21 de julio de 2015 (<http://www.bbc.com/news/world-europe-33597660>). Véase también Bulgarian Helsinki Press Release, “Leaving Garmen families homeless is a racist campaign that breaches three international treaties ratified by Bulgaria”, 3 de julio de 2015 (<http://www.bghelsinki.org/en/news/press/single/press-release-leaving-garmen-families-homeless-racist-campaign-breaches-three-international-treaties-ratified-bulgaria/>).

61 Artículo de Romea Cz, “Bulgaria: Nationalists exert political pressure to override suspension of Romani home demolitions”, 22 de julio de 2015 (<http://www.romea.cz/en/news/world/bulgaria-nationalists-exert-political-pressure-to-override-suspension-of-romani-home-demolitions>).

62 Aydarov and Others *vs.* Bulgaria, Appl. 33586/15. Solo el 10 de julio de 2015, el Tribunal Europeo dirigió una carta a las autoridades búlgaras en la que les informaba que de no proporcionar un alojamiento alternativo a los miembros vulnerables de la comunidad romaní afectada, concedería a los demandantes una medida autorizada por la Regla 39 y suspendería el desalojo (carta en el archivo de los autores). Fue perturbador que las autoridades decidieran ignorar la prohibición del Tribunal y continuaran con los desalojos; véase Amnesty International Urgent Action Appeal, Bulgaria: Hundreds of Roma at risk of forced eviction, 30 de julio de 2015 (<https://www.amnesty.org/en/documents/eur15/2199/2015/en/>).

referencias a gastos pasados y futuros que son presentadas como prueba de su compromiso con abordar el problema. A esto cabría añadir que los Estados parte de la Unión Europea también pueden conseguir fondos importantes de las líneas presupuestales relevantes aliviando así la presión sobre sus presupuestos nacionales; tras la reciente enmienda (2010) al Fondo de Desarrollo Regional Europeo (FDRE), habrá más recursos disponibles para vivienda e infraestructura destinados a comunidades romaníes marginadas (Europa, 2010), además de que recientemente la Comisión de la UE declaró con firmeza que: “La cantidad de fondos de la UE disponibles para la inclusión de los romaníes no será una limitante” (European Commission, 2015, p. 7). De la misma manera, aunque reconociendo claramente que la precaria situación de vivienda de los romaníes y los trashumantes es una empresa intensiva en recursos y que consume mucho tiempo (todavía más con el trasfondo de la crisis económica actual), no debería olvidarse que aun los países con graves dificultades económicas están obligados conforme al derecho internacional a adoptar programas específicos de costo relativamente bajo para los miembros más vulnerables de la sociedad con el fin de satisfacer la obligación mínima de proporcionar vivienda o alojamiento básico (una obligación para el Estado con independencia de sus recursos financieros). Esas medidas podrían consistir solo en abstenerse de ciertas prácticas y facilitar la “autoayuda” a los grupos afectados.⁶³

Si respetar, proteger y cumplir los derechos a la vivienda de los romaníes y los trashumantes es por consiguiente una obligación jurídica exigible ante los tribunales que recae sobre los Estados y que puede conseguirse de una manera viable en cuanto a lo financiero, cabría preguntarse legítimamente por qué estos han sido reticentes a hacerlo; todavía más cuando los Estados parte del Consejo de Europa, como regla general, tienden a cumplir de inmediato con las sentencias del Tribunal Europeo dictadas contra ellos (OSJI, 2010, p. 52), aun si son indemnizaciones cuantiosas por daños pecuniarios y no pecuniarios. ¿Podría ser que los Estados afectados piensen que cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales relativas a la vivienda de los romaníes y los trashumantes podrían afectar negativamente otros intereses suyos y, de ser así, cuáles serían esos intereses y cuán profundamente arraigados están, hasta el punto de llevar al Estado a no acatar decisiones aprobadas por tribunales internacionales?

En nuestra opinión, la verdadera razón tras ese fracaso persistente no es otra que la impopularidad social y el prejuicio profundamente

63 Véase Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 3, The nature of States Parties obligations (5ª sesión, 1990) UN/Doc.E/1991/23 (1991).

arraigado contra los romaníes y los trashumantes en casi todos los Estados parte del Consejo de Europa. Aunque es evidente que estos no son el único grupo minoritario impopular en la UE y el Consejo de Europa, y si bien las sentencias relativas a los derechos de otros grupos nacionales o étnicos minoritarios e impopulares (como por ejemplo los turcos y macedonios en Grecia, los kurdos en Turquía o los macedonios en Bulgaria) están caracterizadas también por bajas tasas de implementación (Sitaropoulos, 2011; Grozev, 2009),⁶⁴ lo que sorprende es que prácticamente todas las sentencias y decisiones relativas a romaníes y trashumantes estudiadas en estas páginas contienen evidencia abundante de racismo y prejuicio institucional o institucionalizado contra este grupo presente en todos los países, en contra de los cuales se dictaron sentencias, con especial virulencia en el ámbito del gobierno local. No son desalojados a la fuerza de sus viviendas o perseguidos porque estén invadiendo propiedades ajenas, sino porque son romaníes y no son miembros de algún otro grupo étnico que sea tolerado, cuando no favorecido, por las sociedades nacionales.

En el caso de Grecia, por ejemplo, las autoridades han implementado durante varios años un programa bastante exitoso de vivienda para repatriados griegos procedentes de la antigua URSS. Sin embargo, el programa equivalente para los romaníes ha sido claramente ineficaz, aunque ha recibido una financiación generosa. Los autores defienden que las causas reales del fracaso del programa descrito por el CEDS, y que ya explicamos (por ejemplo, la negativa de las autoridades locales a implementar proyectos de vivienda para los romaníes), son los síntomas de una percepción pública discriminatoria y bien arraigada (y que, en última instancia, comparten las autoridades) contra los romaníes, que no son considerados como miembros iguales de la sociedad griega (como lo son los repatriados), sino más bien como extranjeros que nada pueden reclamarle al Estado.⁶⁵

Las conclusiones de una investigación conjunta realizada por la Fundamental Rights Agency (FRA) de la Unión Europea y el Programa

64 El informe comparativo fue redactado en el marco del proyecto Juristras, "The Strasbourg Court, Democracy and the Human Rights of Individuals and Communities: Patterns of Litigation, State Implementation and Domestic Reform (Juristras)" (<http://www.juristras.eliamep.gr>).

65 Como señaló un miembro sénior de la Defensoría del Pueblo griega: "Es interesante aquí considerar que los generosos programas de vivienda, tierras, trabajo y crédito dirigidos a los griegos y financiados por la ex-URSS nunca fueron suministrados en ese grado a los miles de romaníes, formalmente ciudadanos griegos, cuyas condiciones de vida siguen representando hoy una 'emergencia social'. Este hecho dejaría ver que hay un indicador no muy visible, pero implícito, para las políticas públicas, el 'ser auténticamente griego', que prácticamente funciona como instrumento subjetivo de clasificación social". Véase Pavlou (2002).

de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sobre la exclusión de los romaníes y los trashumantes en once Estados parte de la UE, entre los que están miembros antiguos y nuevos (FRA, 2012), corroboran ampliamente lo anterior. En palabras de uno de los principales investigadores:

La pertenencia a la UE no es en sí una receta para el éxito. Los romaníes son excluidos por igual en los Estados parte antiguos y nuevos. Hay variaciones significativas entre los distintos países, pero la diferencia entre “exitoso” y “fracasado” no depende de esas variaciones. Las implicaciones prácticas son evidentes: la inclusión de los romaníes es una prioridad para toda la UE.⁶⁶

La frustración levemente velada que ha expresado la Comisión Europea frente al fracaso de la gran mayoría de los Estados parte de la EU (si no todos), a la hora de presentar estrategias nacionales estructuradas, articuladas e integrales para la inclusión de los romaníes, parecería reforzar esta afirmación.⁶⁷

¿Significa eso que el uso estratégico de los tribunales para este problema y en otros campos parecidos es inútil, un ejercicio puramente académico? La respuesta a esa pregunta dependerá de las expectativas que se tengan con respecto a los fines que pueden lograrse mediante los procesos judiciales ante órganos internacionales. La investigación empírica sobre la implementación de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicaría que la adopción de las sentencias (y en especial en relación con grupos impopulares, como las personas de la comunidad LGBT o minorías nacionales o étnicas impopulares) (Sitaropoulos, 2011; Grozev, 2009) no puede por sí misma conseguir cambios legales y políticos en el ámbito nacional a menos que agentes nacionales, a veces por razones egoístas, muy diferentes de un sujeto a otro, tengan la determinación de hacer un uso efectivo de todos los medios a su disposición, incluidas las sentencias del tribunal internacional, como instrumentos para ese fin (Çali y Wyss, 2009, p. 27; Helfer y Voeten, 2011). En ausencia de ese consenso entre los agentes nacionales, las demandas judiciales internacionales tienen poco que ofrecer para reconfigurar las percepciones públicas, pero continuarán siendo el único medio de última instancia para los romaníes y sus defensores a la hora de proteger y defender sus derechos a la vivienda; aunque no los puedan promover ahí (en el sentido de garantizar la provisión de

66 Véase el artículo del PNUD (2012).

67 Comisión Europea, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, COM (2012) 226 final, p. 16.

vivienda apropiada), al menos impide la degradación adicional de sus condiciones de vida. El aumento del número de medidas provisionales tras la sentencia Yordanova, ordenadas por tribunales internacionales, por las que se les requiere a los Estados suspender los desalojos de romaníes⁶⁸ o no romaníes⁶⁹ hasta que se hayan revisado sus denuncias indicaría que los activistas del derecho están siendo cada vez más conscientes de que ha surgido la necesidad de concentrarse en unos pocos casos judiciales estratégicos, aún más cuando ya se han establecido los estándares legales y han sido desarrollados en casos como Yordanova y Winterstein. En lugar de eso, lo que se requiere es una verdadera campaña jurídica que inicie tantos procesos judiciales sobre vivienda como sea posible, ante los tribunales nacionales e internacionales, para conseguir un “bombardeo de saturación” (si se permite otra metáfora militar más) contra los Estados en los que hay casos de violaciones. Es interesante a este respecto señalar que incluso la Comisión Europea ha reconocido que “el cambio real requiere con frecuencia una masa crítica de casos”,⁷⁰ y a su vez el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre problemas de las minorías ha observado recientemente que, teniendo en cuenta las desventajas significativas y la marginación experimentadas por los romaníes en Europa, se presentan relativamente pocos casos ante el Tribunal Europeo.⁷¹ Tal vez el dicho de que la cantidad es una cualidad en sí misma sea también apropiado en este contexto.

Referencias

68 Además de los casos mencionados, véase UN HRC, Cultural Association of Greek Gypsies Originating from Halkida and Suburbs “I Elpida”, 2242/2013 (en el contexto de esa comunicación la UN HRC ha dictado cuatro resoluciones provisionales); UN HRC Kosturi and Others vs. Albania, 2438/2014, UN HRC Shabani and Others vs. Albania, 2444/2014; Mr. Stylianos Kalamiotis, 2242/2013. Todas las comunicaciones están pendientes de resolución.

69 Véase Raji and Others vs. Spain (dec), Appl. 3537/13 ECHR, 16 de diciembre de 2014; A.M.B. c. Espagne (dec), Appl. 778412 ECHR, 28 de enero de 2014; Ceesay Ceesay and Others vs. Spain, Appl. 62688/13, pendiente.

70 European Commission, Commission Staff Working Document – Annexes to the Joint Report on the application of the Racial Equality Directive (2000/43/EC) and the Employment Directive (2000/78/EC), SWD (2014)5 final, 17 de enero de 2014, p. 7 (http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/swd_2014_5_en.pdf).

71 Informe de la Relatora Especial sobre Cuestiones de las Minorías, Rita Izsák, Comprehensive study of the human rights situation of Roma worldwide, with a particular focus on the phenomenon of anti-Gypsyism, UN/Doc.A/HRC.29/24 (2015), p. 19. (<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IEMinorities/ProtectionRoma/A-HRC-29-24.doc>).

Çali, B. y Wyss, A. (2009). Why do democracies comply with human rights judgments? A comparative analysis of the UK, Ireland and Germany (Proyecto del Economic and Social Research Council, Reino Unido, sobre "Legitimacy and authority of supranational human rights courts: A comparative analysis of the European Court of Human Rights", Grant No: RES-061-25-0029).

Council of Europe (2012). *Human Rights of Roma and Travellers in Europe*. Strasbourg: Council of Europe.

Council of Europe (2014). *State of Democracy, Human Rights and the Rule of Law in Europe: Report by the Secretary General of the Council of Europe*. Strasbourg: Council of Europe.

Europa (2010). *EU adopts new measures to improve housing conditions of roma communities*. Recuperado de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-589_en.htm.

European Commission (2015). *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Report on the implementation of the EU Framework for National Roma Integration Strategies 2015*. Recuperado de http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_communication2015_en.pdf >

European Commission (2016). *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: COM (2016) 424, Brussels 27 June*. Recuperado de http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma-report-2016_en.pdf >

FRA (2012). *Widespread roman exclusion persists, finds new survey*. Recuperado de <http://fra.europa.eu/en/press-release/2012/widespread-roma-exclusion-persists-find-new-surveys>.

Goldston, J. A. y Adjami, M. (2008). The opportunities and challenges of using public interest litigation to secure access to justice for roma minorities in central and eastern Europe (Proyecto preliminar, sujeto a revisión, preparado para Viena, World Justice Forum, 2-5 de julio).

Government of Wales (2012). The implementation of Section 318 of the Housing and Regeneration Act 2008. Welsh Government.

Grozev, Y. (2009). *Supranational Rights Litigation and the Domestic Impact of Strasbourg Court Jurisprudence on Rights of Ethnic Minorities*. Sofia: Centre for Liberal Studies.

Helfer, L. y Voeten, E. (2011). Do European Court of Human Rights Judgments promote legal and policy change? Working Paper. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1850526.

Johnson, C., Ryder, A. y Willers, M. (2010). Gypsies and Travellers in the United Kingdom and Security of Tenure. *ERRC Periodicals: Roma Rights 1, 2010: Implementation of Judgements*. Recuperado de http://www.errc.org/en-research-and-advocacy-roma-details.php?page=6&article_id=3613.

Joint Committee on Human Rights (2005). *Fourteenth Report*. London: UK Parliament.

OSCE (2003). *Action Plan on Improving the Situation of Roma/ Sinti within the OSCE Area*. Recuperado de <http://www.osce.org/odihr/17554>

OSCE (2008). *Implementation of the Action Plan on Improving the Situation of Roma and Sinti within the OSCE Area: Status Report 2008*. Warsaw: OSCE.

OSCE (2013). *Implementation of the Action Plan on Improving the Situation of Roma and Sinti within the OSCE Area: Status Report 2013*. Warsaw: OSCE.

OSJI (2010). *From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions*. New York: Open Society Justice Initiative.

Pavlou, M. (2002). *Greek state policy from 'irredentism' to 'home-coming'/'immigration': The case two repatriated kin minority groups*. Recuperado de <http://www.kemo.gr/gr/index.asp>.

PNUD (2012). *Roma Excluded from Society: Q&A with Andrey Ivanov*. *Blog Voices from Eurasia*. Recuperado de <http://europeandcis.undp.org/blog/2012/05/24/roma-excluded-from-society-qa-with-andrey-ivanov/>.

Sitaropoulos, N. (2011). *Implementation of the European Court of Human Rights' Judgments concerning national minorities or why declaratory adjudication does not help*. Conference Paper Series, Conference Paper 4/2011, European Society of International Law. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1968186

PARTE 3
PERSPECTIVAS FINALES

**15. Solucionar el problema
del (in)cumplimiento en las
demandas judiciales sobre
derechos económicos y sociales**

Daniel M. Brinks

Ganar no lo es todo. De hecho, conseguir una sentencia favorable de un tribunal a veces es solo el comienzo de una larga campaña que haga que los DESC reflejen las realidades particulares de un grupo o de una persona. Por otro lado, ganar es algo, como algunos escépticos han señalado. Los capítulos de este libro muestran un récord mixto de cumplimiento de decisiones judiciales sobre DESC en todo el mundo. Los casos considerados representan un fascinante corte transversal de los tipos de demandas que entran en esta categoría y pueden usarse para generar algunas hipótesis sobre las condiciones en las que es más o menos probable el cumplimiento. La tabla que se presenta al final resume muchos de los casos analizados a lo largo de este texto, e identifica la principal contribución de estas experiencias al estudio que se hace en este capítulo. En las siguientes páginas usaré un marco simplificado para organizar las variables que los capítulos identifican como importantes y elaborar un sistema unificado para comprender los retos y las oportunidades que los demandantes enfrentan para conseguir que las sentencias sobre DESC, duramente obtenidas, se hagan efectivas.

El objeto de esos casos plantea, sin duda, retos al cumplimiento. Las sentencias sobre DESC tal vez no sean las más difíciles de cumplir —sentencias que amenazan la supervivencia política de sujetos políticos poderosos, entre otras, pueden ser más arduas— pero plantean retos significativos a los tribunales. Muchas veces, si no siempre, como nos recuerda Viljoen en este libro, involucran órdenes directas complejas que piden a los Estados hacer cosas que hasta ese momento no han tenido disposición de hacer, o gastar un dinero que tal vez esté reservado para otras prioridades, y todo en nombre de grupos marginados o para ocuparse de un problema enquistado desde hace cientos de años. Pueden requerir que un Gobierno se haga cargo de un problema, como la contaminación del cauce del Riachuelo (Morales *et al.*, en este libro) que lleva fraguándose doscientos años y ha molestado a gobiernos durante décadas. Los retos para hacer cumplir los DESC serán

muy probablemente enormes para un aparato burocrático que tiene sus propias prioridades y debe supervisar a sus funcionarios de menor rango, por no hablar de que una única burocracia, como los tribunales, intente reordenar las prioridades y supervisar el desempeño de otras.

Depende de nuestras expectativas previas pensar o no que los tribunales son “eficaces”. Queda claro, de los capítulos de este libro, que estamos logrando algo; también está claro que los activistas sobre DESC consiguen menos de lo que querrían y, no obstante, en ciertos sentidos, lo que es destacable es que los tribunales tengan algún éxito en muchos casos. Mi propósito no es proclamar que los tribunales sean o no la manera correcta de hacer efectivos los DESC, sino más bien ofrecer un marco que organice las muchas variables que podrían afectar la probabilidad de que sus sentencias se implementen, incluidas algunas variables no estudiadas en este libro. El marco conceptual tal vez no prueba cuál es la variable más importante para una teoría sobre el cumplimiento, pero debería ayudar a los litigantes que desean aumentar la probabilidad de que sus sentencias arduamente conseguidas supongan algún cambio real, y será útil para los académicos que intentan comprender las difíciles cuestiones teóricas relativas al cumplimiento de las decisiones judiciales.

Mi punto de partida para una teoría del cumplimiento es en cierto grado racionalista, con una excepción importante, como veremos. Las descripciones de estos capítulos indicarían que deberíamos subrayar los cálculos relativos a la decisión por parte del sujeto de las demandas judiciales y considerar que el destinatario de las órdenes las cumplirá, no porque tenga la convicción general de que es lo que debe hacer, sino porque el costo neto del cumplimiento es menor que el costo neto del incumplimiento o, en otras palabras, porque los beneficios netos del cumplimiento son superiores a los beneficios netos del incumplimiento: cumple si $C_c < C_i$, en donde C_c es el costo neto del cumplimiento y C_i es el costo neto esperado del incumplimiento.

Como es obvio, hay costos y beneficios netos en los dos lados de la ecuación, de forma que el destinatario tendrá que hacer un análisis de costo-beneficio para ambos lados y luego sopesar los resultados netos entre sí. Además, el destinatario podría comparar manzanas con naranjas, ya que los costos y beneficios del cumplimiento y el incumplimiento no son por fuerza simétricos, en el sentido de que tal vez en cada lado de la ecuación no haya cosas iguales ni los costos del destinatario sean iguales a los beneficios del proponente. Todo eso indicaría que el destinatario de las demandas judiciales no siempre hará un cálculo exacto, consciente. Aun así, parece probable que algo así suceda: las personas que pierden un caso ante los tribunales a menudo

se preguntan cuánto costará cumplirlo y qué podría pasar en caso de no hacerlo.

El cumplimiento es, por lo general, la contraparte de la ejecución forzosa y muchos de esos capítulos usan las dos palabras de forma intercambiable. Las teorías de los sistemas de control social distinguen entre ejecución forzosa por primeras, segundas y terceras partes, según el impulso para el cumplimiento provenga de la parte obligada (a quien yo llamo el destinatario), el beneficiario (a quien yo llamo el proponente) o un mecanismo, público o no, desplegado por sujetos no incluidos en la decisión (Brinks y Botero, 2014). Las teorías del cumplimiento basadas en las primeras partes tienden a subrayar el cumplimiento de carácter normativo, voluntario, o los sistemas propios de ejecución en los que la violación de la norma produce su propio castigo, y nos llevarían a identificar, como los motores principales del cumplimiento, variables como la legitimidad y las características del tribunal (Gibson y Caldeira, 1995; Gibson *et al.*, 1998), la legitimidad y las características del proceso (Tyler y Rasinski, 1991), o incluso metanormas de cumplimiento que hacen más probable que los sujetos cumplan de forma voluntaria con una orden (Bergman, 2009). El cumplimiento de las segundas partes concentraría nuestra atención en la capacidad del proponente de imponer costos de forma directa al destinatario de la decisión, por ejemplo, mediante un boicot o la movilización de oposición política contra un funcionario que se niegue a cumplir. Asimismo, la ejecución forzosa por terceras partes nos impulsa a buscar mecanismos de ejecución externos a la relación inmediata entre proponente y destinatario, como la intervención de un defensor del pueblo o de un procurador en el sistema nacional, o de otro Estado miembro en el sistema internacional, ante el incumplimiento.

Las experiencias contadas en los capítulos de este libro dejan claro que, en el contexto de las sentencias sobre DESC, hay poca ejecución forzosa por las primeras o las terceras partes sin intervención de los beneficiarios. Si se quiere que una sentencia sea efectiva, las segundas partes —los proponentes— tendrán que hacer o amenazar con hacer gran parte del trabajo. Hay un par de casos de lo que podríamos llamar cumplimiento expansivo que parecen bastante voluntarios, y, por tanto, cabría calificar como ejecución por primeras partes, como los servicios de salud ampliados prestados por el sistema de salud costarricense, o las democracias establecidas, que tienden a cumplir con las sentencias de derechos humanos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluso en ausencia de presiones coercitivas patentes. Aunque esos casos parecen ser de cumplimiento voluntario o ejecución por primeras partes, veremos a continuación cómo también pueden verse

como resultado de un análisis de costo-beneficio basado en la reacción anticipada de otros sujetos. Eso puede ser la reacción de las propias partes afectadas o de terceras partes, aunque incitadas por las acciones de las partes afectadas.

Por otro lado, existe de vez en cuando la posibilidad de que el fiscal (un típico agente estatal de la ejecución forzosa, que actúa como tercera parte) pueda presentar una demanda penal contra un funcionario incumplidor (véanse los capítulos sobre Costa Rica, otra vez, Brasil y Argentina). Sin embargo, hay pocas pruebas de que estos mecanismos basados en terceras partes hayan funcionado bien en la mayoría de los casos descritos en este libro, y de cualquier manera está claro que solo se inician si las segundas partes los motivan a hacerlo, lo que diluye la distinción entre mecanismos apoyados en segundas y en terceras partes. El cumplimiento, al menos en los casos muy costosos, de gran impacto, que son el objeto principal de estudio en este libro, es en gran parte consecuencia de lo que en el mejor de los casos podría considerarse una versión mediada del cumplimiento por segundas partes: los titulares de derechos deben estar preparados para generar costos para las primeras partes en caso de incumplimiento, a veces recurriendo a mecanismos basados en terceras partes. Cuando la primera parte parece cumplir de forma voluntaria (aunque después de haberse reusado a cumplir y haber sido demandada ante los tribunales al inicio), parece probable que sea el producto de un cálculo implícito de costos que sigue dependiendo de la posibilidad de que segundas partes (y a veces terceras) puedan presionar sobre el destinatario de la decisión.

Kapiszewski y Taylor (2013) han organizado los distintos factores que producen cumplimiento mediante un marco que diferencia entre características del caso, del régimen o del Estado, del tribunal y de la decisión. Esto parece útil para catalogar las variables, pero un marco taxonómico como ese no pretende ocuparse de los mecanismos que podrían funcionar o de por qué determinadas variables podrían ser importantes. Por esas razones, parece más útil organizar nuestro análisis con un marco más dinámico que ayude a relacionar las diferentes variables entre sí, lo que indicaría las formas en las que a veces algunas se compensan con otras, o las condiciones que tienen efectos sobre terceras variables, en algo parecido a un cálculo de costo-beneficio.

Este modelo sencillo de costo-beneficio debería entenderse como una simplificación heurística, con el fin de hacer visibles algunos patrones recurrentes que afectan la probabilidad de cumplimiento, en lugar de como un modelo tradicional o puramente racionalista, materialista, basado en el interés propio. Los capítulos indican que los cálculos de los participantes políticos suelen incluir costos financieros y políticos

que podríamos captar en un modelo puramente racionalista. Pero en muchos casos, es claro que los cálculos incluyen costos ideológicos o normativos que son función de compromisos o prejuicios sustantivos de los actores en cuestión y, por tanto, algo que no cabe en los modelos racionalistas usuales de comportamiento político.

Hablar de costos normativos o ideológicos se acerca, como veremos, a una teoría más normativa del cumplimiento, pero las narrativas de los capítulos sugieren que es más útil incluir esos impulsos a cumplir (o a no hacerlo) que se basan en la normatividad, en el cálculo final de costo-beneficio. Los estudios de caso sugieren que una metanorma de cumplimiento, cuando existe, o el deseo, sustentado por normas, de cumplir sentencias que benefician a un interés o grupo particularmente apreciado, o la resistencia con base ideológica a las decisiones de cortes extranjeras o internacionales, son apenas algunos de los diversos factores que se contraponen entre sí. En varios capítulos se puede ver que muchas veces los actores sopesan sus preferencias normativas con respecto a los costos financieros o políticos del incumplimiento. Un precio político o fiscal excepcionalmente alto bien puede superar el impulso de cumplir con la decisión, aun para aquellos sujetos más orientados hacia los derechos humanos o el Estado de derecho. Más aun, la afectividad puede matizar y determinar el peso de otros costos: un millón de dólares gastado en viviendas para miembros del grupo dominante podría tener un menor costo político que un dólar gastado en los despreciados romaníes. La decisión de cumplir o no es, por consiguiente, función de una combinación compleja de consideraciones, que con frecuencia tienen interacciones entre sí y se traslapan.

Por esta razón, los estudios de caso de este libro indicarían que el cumplimiento se comprende mejor no como una acción más o menos automática, resultado de una metanorma de cumplimiento o del hábito, por ejemplo. De hecho, los estudios de caso indicarían que las consideraciones dominantes, en especial en los casos estructurales importante de DESC, son específicas de cada caso, más que producto de un apoyo difuso a un tribunal (Gibson *et al.*, 1998; Caldeira, 1986), la legitimidad acumulada de un tribunal (Epstein *et al.*, 2001) o una expectativa generalizada del público de que habría que respaldar al tribunal (Carrubba, 2009). Eso no niega que alguna sociedad tenga una metanorma, cualquiera que sea su origen, o que desafiar las decisiones de algunos tribunales puede tener más costos teniendo en cuenta su apoyo público. Más bien, lo que se pretende es reconocer que incluso para esas sociedades y tribunales hay una variación con respecto al cumplimiento para los distintos casos y a lo largo del tiempo, que parece ser resultado de un proceso de toma de decisiones que se asemeja mucho

a la ponderación de consideraciones competidoras que describo aquí. Esas metavariabes y esos metacálculos, por tanto, se entienden mejor con el marco que propongo, y muestran cómo hacen más fácil o más difícil generar costos para el incumplimiento, que si se tratan bajo un paradigma totalmente separado.

Uso el lenguaje de los costos simplemente porque me parece más intuitivo en el contexto de órdenes judiciales cuyo cumplimiento se espera que sea costoso. Sin embargo, como es obvio y se señaló, hay costos y beneficios tanto del cumplimiento como del desafío a las decisiones, y lo que estamos buscando es realmente un equilibrio entre los costos (beneficios) netos en cada lado de la ecuación. Lo que es menos claro es cómo circunstancias diferentes afectan ese cálculo costo-beneficio, y cómo los activistas pueden aumentar estratégicamente la probabilidad de cumplimiento. El capítulo introductorio de este libro identifica algunas variables, características de los entornos jurídicos, de la sociedad civil y políticos, que afectarían a un lado u otro de esa desigualdad. Usaré las conclusiones y los argumentos más específicos de los capítulos para indagar qué factores son los relevantes, en qué contextos y por qué, con el propósito de analizar qué es lo que pueden hacer los demandantes para elevar el costo del incumplimiento o para reducir el costo del cumplimiento sin comprometer sus objetivos. Para determinar si podemos esperar el cumplimiento en un caso concreto, tendríamos que sopesar cada uno de estos factores, en la medida en que sean aplicables a ese caso, en ambos lados de la balanza, y observar cuál es el resultado del cálculo. En las páginas siguientes no hago eso, sino que analizo las variables por separado para subrayar qué y cuánto podrían contribuir a ese cálculo en un caso concreto.

En su forma más básica, entonces, el problema del cumplimiento de las órdenes judiciales puede reducirse a la simple desigualdad presentada antes: se cumple si $C_c < C_i$. En otras palabras, el destinatario de la orden cumpliría solo si considera que el cumplimiento es menos costoso que el incumplimiento. La desigualdad, por abstracta que sea, debería dejar un tema claro para los activistas que desean usar los tribunales a fin de cambiar los derechos en la realidad del terreno: cuanto mayor es el "costo" del remedio solicitado, más preparados tienen que estar los demandantes para invertir en conseguir el cumplimiento; los recursos disponibles para conseguir el cumplimiento tendrán que tenerse en cuenta para decir cuán costoso, en términos políticos, financieros e ideológicos, es el remedio que se pide.

Tipos de costos

El primer paso, naturalmente, es precisar qué queremos decir cuando hablamos de costos. Para esto, las conclusiones de los distintos capítulos son muy útiles, pues ayudan a definir y catalogar los tipos de costos, ya identificados brevemente, que afectan al cumplimiento de la decisión. Los costos y beneficios del cumplimiento o el incumplimiento en estos casos parecen tener al menos tres dimensiones: una puramente financiera y material, otra política, y lo que cabría llamar una dimensión normativa, a falta de una expresión mejor. En esta sección me ocupo de algunas de las consecuencias menos obvias que se derivan de considerar cada una de esas clases de costos por separado.

Costos financieros

Lo que quiero decir por costos financieros es conceptualmente obvio, aunque podrían ser difíciles de medir empíricamente en casos específicos, y pueden todavía beneficiarse de un mayor análisis. A veces el costo es evidente y representa la principal motivación. Una objeción recurrente a algunas decisiones favorables en casos de derechos a la salud es que los medicamentos ordenados son demasiado costosos. Sin duda, una de las razones por las que el Gobierno brasileño se ha resistido a las decisiones de la Corte Interamericana que impedirían construir la gigantesca presa de Belo Monte es la pérdida anticipada de los beneficios financieros esperables de construir la represa. Una razón por la cual los casos individuales en Argentina generan un mayor cumplimiento que los casos estructurales complejos (Sigal *et al.*) es porque saldarlos es más barato. Es obvio que no es cierto, como argumentan con vigor Viljoen, Çali y Koch, que los casos sobre DESC impliquen siempre cantidades de dinero mayores que otros casos sobre derechos civiles y políticos. Pero muchos casos de DESC requieren mayores cantidades de recursos que las que los destinatarios tenían pensado; un dinero que estos querrían destinar para otros usos. Además, en el caso Belo Monte, en varios sobre minería a cielo abierto o en la controversia sobre la construcción de una autopista a través de la reserva natural Tipnis en Bolivia, las sentencias podrían suponer para los gobiernos prescindir de los beneficios económicos de grandes proyectos en aras de reconocer los derechos de la población local a un ambiente limpio o los derechos ancestrales a la tierra.

Además, no todo el dinero gastado tiene el mismo peso. Los costos de oportunidad significan que un dólar gastado en años prósperos no es lo mismo que un dólar gastado en años de escasez, igual que un dólar en Nueva York no es lo mismo que un dólar en Mississippi o

la India. El ejemplo más claro de esto es la variación anual del cumplimiento relativo de las decisiones sobre derechos a la educación. El cumplimiento inicial en Nueva York se debilitó a medida que la crisis económica exigió a los gobiernos de los estados federados compensar el gasto en otras prioridades (Shanor y Albisa, en este libro). En el mismo sentido, el gobierno provincial se resistió a pagar una sentencia multimillonaria de la Corte Suprema canadiense a favor de las mujeres en la decisión NAPE; durante años de presupuestos recortados, una relajación posterior de la crisis presupuestal y la continua presión política acabaron por conseguir el pago (Porter, en este libro). Encontrar el momento oportuno para presentar una demanda podría ser igual de importante que la cantidad real de recursos que implicaría el cumplimiento, aunque, como es evidente, tal vez haya que recurrir a los tribunales cuando hay mayor presión sobre los recursos.

Aunque en esta categoría de DESC hay una gran cantidad de variaciones sobre los gastos potenciales del cumplimiento que no pueden ser controlados, los activistas deberían ser conscientes de las formas en las que podrían reducir los costos materiales del cumplimiento para el destinatario de los procesos judiciales, sin comprometer sus fines. En los procesos judiciales sobre derechos de salud en Brasil, los demandantes, de forma consciente o inconsciente, facilitan el cumplimiento al demandar de forma conjunta a las autoridades locales, estatales y nacionales, aunque sean las primeras las únicas responsables desde el punto de vista formal de prestar un servicio de salud específico.

Lo que tal vez sea más importante, muchos de los capítulos analizan el uso ocasional que hacen los tribunales de órdenes más abiertas, dialógicas o deliberativas, en los que el destinatario participa en el diseño de la forma efectiva de cumplimiento. Ha habido un gran debate, reflejado también en las páginas de este libro, con respecto a si las sentencias abiertas, dialógicas, ayudan o dificultan el cumplimiento. Una de las maneras en las que podrían ayudar al cumplimiento es que permiten al destinatario diseñar formas más eficientes, con menores costos, de conseguir los fines buscados mediante las demandas judiciales, en comparación a las pensadas por un tribunal, con su experiencia e información limitadas en esa área de la política pública.

Una estrategia que han usado muchos demandantes y tribunales es elevar los costos económicos del incumplimiento, en lugar de intentar reducir los costos del cumplimiento. Los tribunales estadounidenses han impuesto multas a organismos administrativos incumplidores de las decisiones tomadas en los procesos judiciales sobre reformas carcelarias, por ejemplo. Entre los estudios de caso de este libro, la realidad o la amenaza de sanciones se mencionan en varios capítulos. En Costa

Rica, a los burócratas se les pueden imponer multas o sanciones penales a nombre propio en caso de incumplimiento; esa sería una de las razones por las cuales los funcionarios de carrera, que por orden judicial deben hacer erogaciones de fondos públicos, parecen tener un índice de cumplimiento muy elevado de esas órdenes (un costo personal, comparado con un costo para el Estado, es una elección fácil) (Wilson y Rodríguez, en este libro). En Argentina, por otro lado, como vemos después, esas multas no parecen tener ningún efecto, ya que los funcionarios específicos encargados rotan con demasiada rapidez como para ser considerados responsables personalmente y tal vez por la misma razón no les parece importar que les impongan multas a los organismos públicos en los que trabajan (Sigal *et al.*, en este libro). La efectividad de las multas impuestas a individuos o al Estado parece estar condicionada a la existencia de una burocracia estable y profesionalizada.

Parece razonable sugerir que, en muchos casos, el cumplimiento de esas sentencias podría ahorrar dinero a largo plazo. Las decisiones estructurales que mejoran los resultados de la salud y la educación deberían tener un efecto positivo a largo plazo en la economía. Algunas de las decisiones de los tribunales inferiores en las demandas judiciales sobre educación en Texas contienen de forma explícita ese punto. Muchas de las demandas presentadas por los defensores de derechos y descritas aquí podrían reformularse como inversiones en capital humano. Hay pocas indicaciones en los capítulos compilados en este libro de que los autores de las políticas públicas estén dispuestos a aceptar ese argumento ante los tribunales.

Eso indicaría que los proponentes de esa idea tendrían que convencer a algunas personas aún antes de conseguir una sentencia. Es difícil imaginarse un análisis puramente financiero de costo-beneficio que favoreciera el cumplimiento de una sentencia que les otorga prioridad a los derechos culturales de una minoría por encima de la inmensa riqueza esperada de muchos megaproyectos, o a los derechos al medioambiente de muchas comunidades rurales pequeñas por encima de muchos proyectos del Gobierno que a veces imaginan su financiación a través de un auge repentino de la minería. Por esa razón, bien podría ser que la primera tarea de muchos grupos que anticipan una sentencia favorable de esa clase sea educar y persuadir a los encargados de tomar las decisiones relevantes para que incluyan una variedad mayor de costos en su cálculo. Como se analizará en la siguiente sección, variar los compromisos normativos podría cambiar la forma como los encargados de tomar las decisiones sopesan las diferentes consideraciones, de manera que los compromisos medioambientales o multiculturales comiencen a tener algún peso intrínseco. En el mismo

sentido, ampliar el cálculo al desarrollo sostenible o al desarrollo humano, por ejemplo, permitiría colocar en la balanza consideraciones de otra clase o de largo plazo. También, como es obvio, cambiar la discusión política sobre el asunto en un país puede modificar el cálculo.

Costos normativos

Por costos (beneficios) normativos entiendo el choque (la congruencia) entre el objetivo del proceso judicial y los fines y valores proclamados de la organización o el sujeto en cuestión (la inclinación de una empresa “verde” a cumplir con una sentencia sobre medioambiente o la objeción de un partido liberal a una sentencia que requiere la expansión de las protecciones sociales, por ejemplo). El resultado de ese costo (beneficio) normativo es la resistencia (deseo) a hacer algo, como producto de compromisos normativos o ideológicos, del prejuicio o la simpatía, los cuales no pueden reducirse a los costos económicos de un cambio de dirección, al costo político de hacer algo impopular o siquiera el costo político de parecer hipócrita. Las consideraciones normativas e ideológicas tendrían un peso intrínseco o añadirían un aspecto positivo o negativo a las sentencias y cambiarían de manera radical el peso de las consideraciones económicas y políticas.

Es probable que los costos normativos sean distinguibles de los costos financieros y políticos. Una cosa es obligar a un partido socialdemócrata a proporcionar un mejor servicio de salud, y otra muy distinta forzar a un partido libertario a hacer eso, aun si ambos enfrentan las mismas consecuencias en las urnas; una cosa es empujar a que un partido de izquierda proporcione asistencia pública a los inmigrantes y otra muy distinta ordenarle a un partido antinmigración que haga eso, con independencia del apoyo público a esas medidas. Para un burócrata o un juez, podemos imaginar que algunas reclamaciones serán más congruentes con su práctica y su formación, y otras les parecerán contrarias a su oficio. En parte eso es consecuencia de los costos políticos diferenciados que cada uno sufrirá en caso de estar dispuesto o no a cumplir: los partidos tienen que atraer a sus bases, los funcionarios tienen que justificar sus acciones tras los hechos, los jueces tienen que ser vistos como funcionarios que aplican el derecho. Pero algunos de los hallazgos de este libro indicarían que hay un costo normativo intrínseco en casos de acciones que contradigan los compromisos y prejuicios normativos o ideológicos de un actor.

Hay diversas razones por las cuales ese costo normativo podría importar. Si el fin de un proceso judicial es claramente congruente con los fines de los destinatarios y sus valores expresados, simplemente

será más fácil conseguir el cumplimiento una vez que se haya superado la resistencia inicial. En ese caso, los procesos judiciales lo único que hacen es ajustar los medios, o la oportunidad, o las prioridades de un destinatario, más que cambiar sus objetivos. El proceso judicial puede servir para proporcionar una pantalla política, los demandantes podrían encontrar, de hecho, aliados en la propia organización o el destinatario puede decidir atribuirse el mérito de un resultado que se le obligó a producir. Las consideraciones normativas también matizan la manera en que se procesan las otras clases de costos: si el caso o la cuestión tiene un amplio apoyo normativo entre la población, el incumplimiento despertará con mayor facilidad la movilización en apoyo de los denunciantes, la cobertura de los medios de comunicación y otros medios para la imposición de costos políticos en última instancia; se justificarán los costos financieros y las concesiones recíprocas entre fines de política pública. En resumen, por varias razones, el cumplimiento debería ser menos costoso y el incumplimiento más costoso, en caso de un destinatario que ha proclamado estar a favor de lo que quiera que se esté demandando ante los tribunales, que para alguien que se ha declarado públicamente en contra de lo pedido.

El incumplimiento tiene costos normativos parecidos. En muchas democracias jóvenes hay algunos políticos que se definen a partir del imperio de la ley, de manera que resistirse a una orden judicial, sea cual sea su contenido, puede generarles costos políticos e ideológicos. Eso también es cierto para grandes empresas que podrían, como en el caso de los antirretrovirales en Sudáfrica, suministrar la medida solicitada o detener la violación con el fin de evitar parecer despiadadas. Los políticos y las grandes empresas adoptarán a veces una posición específica más o menos favorable a los DESC. Tómese el ejemplo de algunas grandes empresas que envían mensajes “verdes” a la sociedad, o las empresas comprometidas con la defensa de los derechos de propiedad intelectual. Las primeras pagarían un costo ideológico más alto si se oponen a acatar órdenes judiciales que les piden cumplir con sus compromisos expuestos, mientras que las segundas tenderían a incumplir o resistir sentencias que limitan las protecciones de las patentes.

Los ejemplos del costo normativo del cumplimiento se ven a lo largo de las páginas de este libro. En varios casos (TAC y Westville, en Sudáfrica; Verbitsky, en Argentina) los políticos han mostrado una postura muy visible contra la política pública exigida por los tribunales. En todos esos casos, como cabría esperar, el Gobierno se resistió a cumplir aun cuando la opinión pública defendía la sentencia judicial (así que había costos políticos netos en caso de incumplimiento). Es difícil separar los costos normativos de los políticos en los casos sobre

romaníes en Eslovaquia y la República Checa, pero en Grecia parece ser que los propios políticos están comprometidos ideológicamente con la expulsión de los romaníes de sus comunidades. Esos casos les crean a los políticos problemas que están en la frontera entre los costos políticos e ideológicos.

Es claro que los costos normativos pueden complicar o transformar las preocupaciones económicas. Dobrushy y Alexandridis describen cómo los gobiernos municipales pagan reparaciones a los romaníes, pero no están dispuestos a adoptar políticas que pueden animar “la entrada de ciudadanos inadaptables de origen gitano” cuando el caso se convierte en un asunto público (Dobrushy y Alexandridis, en este libro). La cuestión no son los costos, sino más bien, como sugieren los autores, el hecho de que los proponentes pertenecen a un grupo social despreciado. En ese mismo sentido, los Estados latinoamericanos que se resisten al concepto mismo de derechos reproductivos han pagado rápidamente indemnizaciones a individuos en esos casos, pero se han resistido a los cambios de política pública que fortalecerían tales derechos (Cabal y Phillips, en este libro).

Así mismo, casos con una carga positiva matizan en gran medida los costos económicos del (in)cumplimiento. Básicamente, las mismas demandas presentadas en procesos judiciales sobre derecho a la vivienda en Sudáfrica llevaron al cumplimiento en algunos casos y a la oposición en casos de demandantes estigmatizados. Gastar en educación despierta una menor resistencia que gastar en vivienda para los romaníes. En Brasil es difícil negarles los medicamentos a personas que los necesitan, por muy costosos que puedan ser, mientras que las respuestas estructurales, en las que no hay un demandante que despierte simpatía, pero que podrían ahorrar dinero a largo plazo, no tienen éxito (Ferraz, en este libro). En la estrategia a largo plazo para proporcionar medicamentos que solucionen la epidemia de VIH que arrasa Sudáfrica, los demandantes podrían haber solicitado primero fondos para prevenir y tratar las infecciones entre hombres que tienen relaciones sexuales con otros nombres, o consumidores de drogas intravenosas, o trabajadoras sexuales, pero eligieron madres embarazadas y sus hijos. Los costos fueron una parte importante de las objeciones del Gobierno a las demandas y podrían haber sido en gran parte iguales en todos esos casos, pero claramente era mejor empezar con la prevención de la transmisión del VIH de madres a hijos, con sus víctimas inocentes y sus demandantes vistos con buenos ojos por el público.

Preocupaciones con respecto a la separación de poderes encajan bien en esa rúbrica. Los jueces brasileños se resisten a dictar sentencias estructurales que incidan en su concepto de cuáles son las prerrogativas

de los órganos legislativos, aunque el costo de las demandas individuales es claramente exorbitante para los presupuestos de los tribunales y de la salud pública. Los Estados europeos encuentran más difícil aceptar las órdenes de un tribunal foráneo que las órdenes de sus propios tribunales o las decisiones sobre política pública de sus propios órganos legislativos, con independencia de su contenido. Los gobiernos nacionalistas encuentran más difícil cumplir con las órdenes de los tribunales internacionales que aquellos que no emplean esa retórica. En esencia, la misma orden tendría una influencia muy diferente según las consideraciones normativas con respecto a quién debería ejercer apropiadamente la autoridad política sobre un tema. En el caso de las decisiones de la Comisión Africana, los gobiernos encuentran más fácil cumplir con las sentencias que están basadas en violaciones de los gobiernos previos que las que están basadas en sus propias violaciones (Viljoens, en este libro). Todas esas distinciones parecen estar guiadas por consideraciones normativas o ideológicas, no por cálculos racionales a sangre fría, pero es claro también que esas consideraciones normativas no son más que uno de los elementos que deben tenerse en cuenta en la balanza del cumplimiento.

De otro lado, para muchos la publicidad está asociada de manera positiva con el cumplimiento, probablemente debido a que hace posible imponer costos políticos en caso de incumplimiento (Staton 2010), como se analiza en la siguiente sección. Sin embargo, esas conclusiones mostrarían una deficiencia: en los casos con una incidencia negativa fuerte, la publicidad puede suprimir el cumplimiento al aumentar sus costos políticos. El Concejo Municipal de la ciudad de Dobšiná, en Eslovaquia, parecía dispuesto a aprobar una política de vivienda que hubiera ayudado a los romaníes, pero puso cara de “yo no fui” cuando se conoció lo que estaba haciendo y el público protestó (Dobrushy y Alexandridis, en este libro).

Hay discusión y desacuerdos en este libro sobre las fortalezas y debilidades, y las ventajas y desventajas, de las llamadas medidas blandas, dialógicas o abiertas. Parecen funcionar en unos casos y en otros no. Algunos defensores piensan que son el resultado preferible, mientras que otros ven señales de debilidad, equiparables a perder, porque ofrecen poco apoyo para iniciar una campaña en pro del cumplimiento. Si el cumplimiento depende de la supervisión, y la especificidad de la orden proporciona una escala con la cual medir el cumplimiento, entonces esas órdenes vagas serían más difíciles de hacer cumplir (Staton y Vanberg, 2008). La diferencia entre esos resultados cabría atribuirlos a la carga normativa de los casos discutidos. Los remedios blandos funcionarían en principio mejor (¿o únicamente?) en casos con una fuerte

carga normativa positiva: esos remedios son difíciles de supervisar, no ofrecen líneas de base ni momentos claros de incumplimiento que podrían ayudar a coordinar los costos políticos; pero sí le dan a un demandado bien dispuesto la flexibilidad de encontrar la forma más eficiente de cumplir, reduciendo así la resistencia a la orden. Si eso es cierto, entonces los defensores deberían buscar órdenes más concretas y prácticas en casos con carga negativa, como aquellos de discriminación contra los romaníes, y órdenes blandas, más abiertas, en casos con carga positiva como los del derecho a la alimentación en India.

Costos políticos

A menudo, los costos financieros y normativos se procesan a través del sistema político. De hecho, es difícil imaginarse costos políticos que no estén influenciados por las dimensiones financieras y normativas del caso concreto. La política en torno a una cuestión o un tribunal no es determinante: igual que los políticos populistas pueden permitirse a veces oponerse y no tener en cuenta a los tribunales, también pueden permitirse a veces cumplir con sentencias judiciales impopulares, pero todos los capítulos dejan claro que la política del cumplimiento es un asunto esencial.

Por costos políticos me refiero a la carga de la desaprobación pública y las correspondientes consecuencias negativas para los funcionarios públicos, los burócratas o las empresas, y también a la carga de la desaprobación de un destinatario político más específico, como el poder ejecutivo, un juez, un cargo público electo o un burócrata. Una gran empresa o un político que se opone a una orden judicial conocida por el público y popular entre la ciudadanía debería esperar alguna clase de pérdida de apoyo público (Staton, 2010). También podría ser que, con independencia del tipo de asunto, los políticos paguen un precio por oponerse a la orden de un tribunal popular, que no es la misma cosa (Gibson y Caldeira, 1995). A menudo nos concentramos en las manifestaciones más extremas de ese costo, ya sea el político que pierde una elección, o un burócrata que pierde su trabajo, pero los destinatarios son susceptibles de expresiones más sutiles de desaprobación. La opinión pública negativa puede afectar a las empresas al hacer perder parte de lo que a veces se conoce como “buen nombre”, los intangibles que afectan la decisión de adquirir productos de una fuente específica o de una determinada marca, aun en ausencia de un boicot organizado. Asimismo, puede afectar a los burócratas o a los organismos administrativos, aun a los que son autónomos desde el punto de vista formal que, no obstante, dependen del apoyo político para su financiación y a

menudo del apoyo público para conseguir algún grado de autonomía real frente a los políticos. También puede afectar electoralmente a los políticos —el equivalente a un boicot—, o reducir sus índices de aprobación públicos —el equivalente al buen nombre—.

Es obvio que un boicot es más efectivo, pero requiere un mayor nivel de coordinación y de inversión. En ese mismo sentido, las elecciones son instrumentos relativamente crudos e ineficientes para conseguir el cumplimiento en los casos individuales. Sin duda, no hay ejemplos en este libro de políticos que hayan debido abandonar el cargo por no cumplir con la orden de un tribunal nacional o internacional. Aun así, es evidente que los destinatarios atienden las consecuencias políticas de una decisión de cumplir u oponerse a una orden judicial. Por ejemplo, cuando hay más partes potencialmente responsables, de manera que la responsabilidad es difusa y difícil de asignar a un solo sujeto, el cumplimiento se reduce (Morales, Sigal y Rossi, en este libro). Los jueces en Brasil, atentos a las repercusiones políticas de las sentencias estructurales, se ciñen a los casos individuales (Ferraz, en este libro). Esta conclusión es congruente con los argumentos previos de que los tribunales pueden ser más efectivos cuando están respaldados por un agente político poderoso (los poderes ejecutivo o legislativo, o el público organizado) (Brinks y Gauri, 2008, pp. 345-349). Es congruente también con los argumentos que defienden que la responsabilidad ante la sociedad entre una elección y otra, en la que los grupos sociales se unen a la acción jurídica y política, puede ser efectiva para motivar a los funcionarios electos (Peruzzotti y Smulovitz, 2006; Smulovitz y Peruzzotti, 2003; Smulovitz, 2003).

Es menos probable que los gobiernos menos democráticos, que naturalmente están menos sujetos a presiones políticas nacionales, cumplan (Viljoen, en este libro). Algunas experiencias compartidas en la conferencia que dio lugar a este libro, pero que no están incluidas aquí, confirmaron el efecto de los derechos civiles y políticos en la probabilidad de cumplimiento. Cuando esos derechos no son reconocidos, bien porque el régimen es autoritario, como en el Egipto de Mubarak, o porque a los proponentes se les niegan efectivamente los derechos políticos en un régimen nominalmente democrático, como en el caso de los palestinos y los árabes-israelíes en Israel, el cumplimiento es mucho menos seguro. De manera similar, si los litigantes son pobres, están fuera de los círculos políticos o, en cualquier sentido, son menos capaces de ejercer presión política, deberíamos esperar una menor probabilidad de cumplimiento, con independencia del costo del mismo, simplemente porque esos demandantes tienen un menor capital político colectivo. Los romaníes padecen con claridad de esa incapacidad:

con frecuencia son irrelevantes en la esfera política, cuando no son un pasivo, por lo que tienen pocos aliados —si acaso tienen alguno— en la administración y las burocracias, y, por consiguiente, tienen poca influencia para conseguir que los funcionarios públicos actúen. Es evidente que una presencia sólida de los derechos civiles y políticos con frecuencia es un elemento necesario para un grupo que intente garantizar el cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales.

Varios capítulos dejan claro que las cuestiones de acción colectiva condicionan vigorosamente la capacidad de los proponentes para imponer costos políticos. Morales *et al.* (en este libro) muestran cómo los casos cuyo objeto es una población de tamaño medio, geográficamente concentrada, y no los individuos a los intereses sociales amplios, fueron los que generaron el mayor cumplimiento para el principal grupo dedicado al interés público en Argentina. Cuando los beneficiarios son individuos o unas pocas personas, pueden ejercer muy poca presión política y, en consecuencia, el cumplimiento es débil, aun cuando su costo general sea bajo. Pero a medida que crece el número de beneficiarios, y cuando son parte de un vecindario organizado, su capital político crece más rápido que los costos del cumplimiento. En esos casos, al final los políticos compiten por el crédito de haber solucionado los problemas de la comunidad. Según va creciendo el número de beneficiarios aparecen, no obstante, problemas de acción colectiva que hacen más difícil crear costos para alguien. Al mismo tiempo, los costos del cumplimiento continúan creciendo (eso es lo que pasa de forma paradigmática en el caso de los llamados intereses “difusos”, en los que por definición es difícil identificar a los beneficiarios directos). Por eso sucede que, paradójicamente, surgen problemas de incumplimiento en ambos extremos del espectro.

El problema se ve exacerbado en las demandas judiciales experimentales o en contextos en los que el precedente es una norma sólida. En ellos, el beneficiario directo podría ser un único individuo, pero el destinatario espera que el costo del cumplimiento vaya más allá del de los demandado. A menos que los proponentes sean capaces de movilizarse en nombre de toda la comunidad afectada y estén dispuestos a hacerlo, cabría esperar una gran resistencia por parte del destinatario. Eso parece ser al menos parte de lo que está pasando en los casos de derechos reproductivos (Cabal y Philips, en este libro). Cuando el caso solo involucra de forma directa a un pequeño número de demandantes individuales, pero el objetivo es la reforma estructural, como en *Tysiac vs. Poland*, el cumplimiento es más difícil. A los efectos del cumplimiento y para el cálculo del nivel de organización que será necesario aun en el caso de una sentencia positiva, por consiguiente, los

proponentes necesitan tratar esos casos como colectivos, con independencia de quiénes sean los demandantes escogidos. Cuando los proponentes en un foro internacional no tienen bases organizativas sólidas en el país destinatario de sus acciones, parece improbable que ocurra cualquier clase de cambio real, aun cuando los demandantes escogidos consigan medidas individuales satisfactorias.

De hecho, la única variable que aparece en casi todos los capítulos es la que afecta de forma crucial los costos políticos mediante la solución del problema de acción colectiva: la capacidad organizativa de los proponentes. Si hay unanimidad entre los autores de este libro sobre algún tema, es en este. Por tanto, la variación entre los estados federados de Estados Unidos con respecto al cumplimiento de las decisiones en los procesos judiciales sobre derechos a la educación es, en gran medida, una función de la capacidad de los proponentes de mantener la presión política a lo largo del tiempo: el uso de los tribunales, sin contar con movimientos sociales más amplios, como en Texas, no es inútil, pero no conduce a cambios importantes; por el contrario, las campañas de uso de los tribunales que son apoyadas por organizadores profesionales pueden convertir las sentencias en acción política legislativa, como en Nueva York, y aquellas que pueden apoyarse en campañas políticas bien arraigadas y duraderas pueden llevar a cambios más significativos, como en Kentucky (Shanor y Albisa). La principal variable para explicar los diversos grados de cumplimiento de las sentencias sobre vivienda en Sudáfrica es de carácter organizativo: grupos coordinados, bien organizados, con fuerte liderazgo y poder duradero, garantizan los mayores beneficios a partir de sus victorias en el tribunal (Langford y Kahanovitz). Cabal y Philips argumentan que, en el contexto de los casos de derechos reproductivos decididos por los tribunales internacionales, “los socios nacionales [pueden tener] una intervención significativa para movilizar la atención pública con respecto a estas cuestiones mediante el uso estratégico de los medios de comunicación, la formación de coaliciones y otras estrategias para elevar la conciencia pública”.

También puede considerarse que otra solución propuesta para el problema del incumplimiento ayudaría a los proponentes a imponer costos políticos. Muchos activistas y algunos tribunales han decidido que una forma de garantizar el cumplimiento es que el tribunal que dictó la decisión mantenga su jurisdicción y supervise el desempeño. Rodríguez Garavito, Morales *et al.*, Porter, Langford y Kahanovitz, Dobrushy y Alexandridis, y Cabal y Phillips describen algunas experiencias con el seguimiento continuado de las decisiones por el órgano juzgador. Cuando eso funciona, como en Colombia, Argentina, Canadá

y Sudáfrica, por ejemplo, es porque los grupos afectados fueron capaces de usar el proceso como un punto focal y una plataforma para la actividad política organizada continuada. Por tanto, en Colombia, la fase de seguimiento permite a los representantes de las partes afectadas conseguir y presentar información, elaborar propuestas (y soluciones llegado el caso) que tienen una mayor probabilidad de éxito, al mismo tiempo que permiten un reexamen periódico del cumplimiento y la publicidad, y la imposición de costos para los retrasos y la falta de cumplimiento. Además, después de la decisión Doucet-Boudreau en Canadá, “las comunidades demandantes se apoyaron en las sesiones informativas como mecanismos de responsabilidad democrática para garantizar la implementación oportuna de sus derechos fundamentales, de manera que la medida judicial opere para reforzar la responsabilidad democrática ante la sociedad” (Porter).

Cuando el seguimiento continuado falló, sobre todo en los casos de los romaníes, es porque la entidad de seguimiento fue débil, cuando no cómplice, y, por tanto, la comunidad afectada fue incapaz de crear oportunidades políticas a partir de un proceso de cumplimiento supervisado. El Comité Europeo de Derechos Sociales determinó la existencia de una violación del derecho a la vivienda de los romaníes por parte de Grecia. El Consejo de Ministros, que se supone que es la entidad encargada de la implementación y el seguimiento de los DESC, no tomó ninguna acción real para hacerle seguimiento a la sentencia y Grecia, en consecuencia, no hizo ningún cambio real en sus políticas, más allá de derogar las normas legales más ofensivas cuestionadas (Dobrushy y Alexandridis). El seguimiento continuado también fracasó en algunos casos en Sudáfrica, cuando la comunidad afectada no tuvo los recursos organizativos para capitalizar la participación judicial continuada en su lucha (Langford y Kahanovitz). Por otro lado, en Canadá, parece que fue el seguimiento continuado del tribunal el que generó cierta resistencia (Porter). Es probable, por consiguiente, que el seguimiento continuado del cumplimiento por un tribunal funcionaría mejor para los proponentes con alguna capacidad organizativa, en un contexto en el que es posible que los políticos sufran costos por no atender las necesidades identificadas en el proceso judicial.

Muchos estudios y teorías sobre el cumplimiento sitúan los costos políticos del incumplimiento en el centro del análisis (Staton, 2010; Vanberg, 2001; Carrubba, 2009; Weingast, 1997); pero la variedad de casos y demandantes mencionados en este libro indica que a los políticos también les puede salir caro el cumplimiento. Los políticos sureños en Estados Unidos que se atrevieron a cumplir con *Brown vs. Board of Education* lo saben bien. Eso es lo que motivó que las autoridades

municipales de Dobšiná se retractaran de la aceptación propuesta de las demandas de vivienda de los romaníes, como describen Dobrushy y Alexandridis. Los acuerdos extrajudiciales amistosos entre México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que reforzaban en principio el derecho al aborto, sufrieron una reacción negativa en varios estados del país, cuando los políticos buscaron capitalizar la oposición al acuerdo y a una decisión de la Corte Suprema de México que aprobaba la despenalización del aborto en Ciudad de México (Cabal y Phillips). Dependiendo de la cuestión, por tanto, una sentencia muy impopular o una instrucción de un tribunal fácilmente atacable pueden llevar a los líderes políticos a concluir que hay ganancias netas que se pueden obtener de un incumplimiento ostensible.

¿Costos para quién?

Hasta ahora, en aras de la simplicidad, he razonado como si todos los destinatarios estuvieran expuestos más o menos a los mismos costos. En realidad, la primera tarea es determinar sobre quién recae la carga del cumplimiento e identificar las clases de costos a los que son susceptibles, entre las tres categorías identificadas. En general, en casos de DESC, podemos encontrar cuatro clases de destinatarios de los procesos judiciales. Los académicos a menudo pasan por alto el hecho de que muchos destinatarios son empresas comerciales privadas (en nuestra encuesta sobre procesos judiciales en salud y educación en el mundo en vías de desarrollo, por ejemplo, hemos identificado a las empresas farmacéuticas y mineras, a los médicos, los profesores, los sindicatos, los administradores de las escuelas privadas, las empresas embotelladoras de refrescos, las empresas de transporte público y otras) (Gauri y Brinks, 2008). Sin embargo, en muchos otros casos los directivos de los procesos judiciales son políticos electos. Tres ejemplos entre muchos serían el de Colombia, en donde los tribunales requieren a los órganos legislativos encontrar soluciones ante un estado de cosas inconstitucional; el de Costa Rica, en el que era necesaria legislación que formalizara los resultados de las decisiones sobre igualdad de género; y el de los casos sobre romaníes, en el que los funcionarios griegos o eslovacos tuvieron que aprobar legislación con nuevas políticas de vivienda. El grupo que tal vez sea el demandado paradigmático en estos casos está formado por burócratas que son responsables de implementar programas del Estado. En ocasiones, hay un cuarto grupo, los jueces encargados de aplicar los estándares establecidos en las sentencias de derechos humanos, por ejemplo, cuando las víctimas de violaciones en México solicitaban permiso para practicarse un aborto.

Cada uno de estos grupos está sujeto a diferentes clases de costos y plantea retos especiales al cumplimiento.

En los capítulos de este libro, la mayoría de los destinatarios son funcionarios y, muchos de ellos, aunque no todos, son burócratas, es decir, funcionarios de carrera. Cuando los casos son importantes desde el punto de vista político y afectan cuestiones muy polémicas, tiene bastante sentido suponer que esos burócratas responden a la misma dinámica que motivaría las acciones de sus superiores, más sensibles a los aspectos políticos de un problema. Los casos sobre vivienda en Sudáfrica, educación en Estados Unidos, romaníes en Grecia o Eslovaquia pueden ser analizados probablemente como si los funcionarios electos estuvieran tomando las principales decisiones sobre el cumplimiento. De hecho, a veces el volumen de demandas judiciales o el escándalo del incumplimiento reiterado es tal que los encargados de aprobar las políticas públicas podrían tomar decisiones generales sobre el cumplimiento (o el incumplimiento), aun cuando no haya un caso individual que adquiriera el nivel de relevancia pública para llamar la atención de los niveles más altos en la esfera política. En muchos casos, por tanto, podemos considerar que los burócratas y los políticos están sujetos a incentivos parecidos.

Sin embargo, a veces la decisión la toma realmente un burócrata sin rostro, anónimo, que se limita a decidir si tiene que atender algo ordenado por un tribunal o cualquier otra cosa que caiga sobre su escritorio más o menos en ese momento. Eso es más evidente en los casos costarricenses, colombianos o brasileños sobre la salud que solo les requieren a los burócratas proporcionar un servicio de salud o un bien específicos, a un grupo o individuo particulares. También en Argentina, los destinatarios de gran parte de los procesos judiciales han sido burócratas de nivel medio, que toman decisiones rutinarias sobre la asignación de servicios de salud o educación a los asentamientos informales alrededor de la capital. Esos casos tienen algo más de relevancia pública, pero solo después de que los proponentes se movilizan para que eso ocurra. En Canadá, las decisiones que incorporan a ciertos grupos a políticas ya existentes, o que exigen a los agentes locales permitir a las personas sin vivienda construir refugios temporales en espacios públicos también tienen como destinatarios los burócratas.

Epp (2006) sugiere que los principales intervinientes en Estados Unidos y el Reino Unido son a menudo burócratas que tienen intereses diferentes a los de los cargos electos. Para Epp, lo que está detrás de la motivación de los burócratas es más la vergüenza de una apreciación negativa que los efectos económicos reales de la responsabilidad. No está claro que eso sea lo que pasa en todos los casos descritos en este

libro, pero la idea se mantiene en esencia: a menudo será importante considerar qué es lo que puede hacer que un burócrata cumpla, con independencia de cómo se vea afectada la política electoral de turno. Cuando las decisiones no tienen una relevancia pública especial, las teorías y las estrategias sobre el cumplimiento se han concentrado en individuos relativamente anónimos, que responden de forma muy lejana e imperfecta a los cargos elegidos políticamente o a los propios políticos y, por consiguiente, están aislados de los costos políticos ordinarios. En esos casos, la falta de una estrategia política clara aconsejaría centrarse en las cosas que les importen a los burócratas individualmente considerados: presupuestos, responsabilidad personal, rutinas, el prestigio de su organismo administrativo y la lógica del oficio. De hecho, hay veces que esas estrategias más personalizadas parecen funcionar.

También puede pasar que la amenaza aparentemente real de imponer responsabilidad civil y penal sea la que produzca un elevado nivel de cumplimiento por parte de los funcionarios del sistema de salud pública en Costa Rica o Brasil. El capítulo de Wilson apuntaría a que es más probable que los funcionarios civiles ordinarios en instituciones relativamente más autónomas cumplan las decisiones, que lo que lo haría el personal de los diferentes ministerios. Se espera que los burócratas de esos organismos se limiten a cumplir con su mandato legal y es probable que no estén especialmente preocupados por si la orden proviene de los tribunales o de los órganos legislativos, siempre y cuando no altere el funcionamiento del órgano administrativo.

En ese mismo sentido, una vez que los tribunales deciden que cierta medicación debería ser parte del tratamiento regular de un demandante, los burócratas del sistema de salud en Brasil a menudo extienden esa decisión a demandantes en situación parecida. Cabe presumir que, al menos en parte, es un reconocimiento de que pacientes parecidos deberían ser tratados de forma parecida. Parte de ese respeto por la lógica de la profesión es también evidente en las demandas judiciales sobre VIH-sida en Sudáfrica, en las que los proponentes a menudo encuentran aliados en la burocracia de la salud pública o entre los rangos de los políticos para el argumento sensato desde el punto de vista científico de que el VIH-sida debería tratarse con medicamentos occidentales.

Sin embargo, los mecanismos para personalizar la responsabilidad que parecen funcionar en Brasil o Costa Rica no funcionan en Argentina, en donde los tribunales los usan muy tímidamente, y en donde los jefes de los organismos públicos elegidos como destinatarios tienen tal nivel de rotación que el cumplimiento siempre se convierte en un problema para el sucesor, que tendrá entonces que ser amenazado también con incurrir en responsabilidad personal y que a su vez podría

dejarle el problema a su sucesor. Ese nivel tan alto de rotación significa también que los administradores afectados no se ven influenciados por las multas contra el Estado o el organismo administrativo. En estos casos, por tanto, parece que hay poco que pueda obligar al cumplimiento. Aunque sea obvio, no está de más decirlo: solo se puede contar con el profesionalismo y la profesionalidad de los burócratas cuando hay burocracias profesionalizadas y responsables.

Además, es evidente que la lógica de la igualdad no se aplica de forma universal, ni siquiera por un mismo Gobierno. Los empleados pensionados costarricense muchas veces tienen que volver a presentar demandas judiciales sobre las mismas cuestiones, ya resueltas por la Corte Constitucional miles de veces, porque los organismos administrativos continúan negándoles derechos reconocidos a las indemnizaciones por despido y los pagos de pensiones, aun cuando sus colegas del servicio de salud pública parecen estar muy dispuestos a universalizar las decisiones individuales de los tribunales. El capítulo de Wilson y Rodríguez no ofrece suficiente información para determinar con exactitud por qué existe esa diferencia de trato en Costa Rica entre los casos de salud y los laborales. Sin embargo, podemos especular que si bien ya en 1997 —la fecha de la orden para los servicios de salud— era una práctica médica usual tratar a las personas con VIH con antirretrovirales, no hay un “consenso sobre recursos humanos” parecido que apoye una cierta cantidad de pagos por despido o pagos pensionales. En resumen, por razones que podrían asignarse a lo que hemos llamado costos normativos, es más probable que los burócratas profesionales cumplan de forma voluntaria cuando la sentencia incorpora conclusiones que son consideradas válidas y sensatas, o incluso convincentes, por los profesionales involucrados.

Por último, es evidente que los efectos de una decisión en el presupuesto y los planes de un organismo público son importantes para muchos burócratas demandados. Muchos de los argumentos presentados en los tribunales por esos demandados se apoyan en el hecho de que lo reclamado es demasiado costoso o que agotaría presupuestos que ya están asignados a otras cosas. Una de las formas en la que los tribunales y los demandantes han intentado atender esa preocupación (y también de la relativa a las limitaciones de los poderes de los tribunales en cuanto a las medidas que pueden tomar y la separación de poderes) ha sido mediante sentencias dialógicas y abiertas que establezcan fines, pero no prescriban medios específicos. Parece razonable, y algunos estudios de caso apoyan esa idea, que haya una mayor probabilidad de que un organismo público que ha intervenido en el diseño de la solución al problema identificado durante el proceso judicial implemente

esa solución, en lugar de resistirse a ello. Çali y Koch describen ese proceso deliberativo que conduce a un mayor grado de cumplimiento en el caso de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En ese mismo sentido, Shanor y Albisa muestran cómo los esfuerzos dirigidos a la reforma educativa tienen una mayor probabilidad de éxito cuando los tribunales desestabilizan el *statu quo* (como señalan Sabel y Simmon, 2004), pero les dan a los funcionarios participación en el diseño de las reformas. Sin embargo, como ya hemos analizado, parece claro que eso solo funciona en el contexto de un equilibrio político o normativo fuertemente positivo a favor del fin último del proceso judicial.

Las experiencias recogidas en este libro indicarían que un porcentaje muy alto de demandas tendrán que ser satisfechas por los órganos legislativos. Por tanto, las sentencias del TEDH y las relativas a las reformas educativas en Estados Unidos requirieron cambios legislativos. También en el caso sobre PID descrito por Rodríguez Garavito, en las decisiones costarricenses sobre igualdad de género identificadas por Wilson y Rodríguez, en las decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, las medidas de vivienda para los romaníes-trashumantes y las medidas sobre derechos reproductivos garantizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se necesitarán respuestas legislativas.

Una y otra vez en estos casos vemos que cuando la orden se dirige al órgano legislativo, la cuestión de cumplimiento se exagera: los órganos legislativos ya tienen suficientes dificultades para aprobar la legislación propuesta por ellos mismos, así que imaginense cuando deben responder a una orden que viene de fuera. Así, podemos tener confianza en que se les otorguen medidas individuales a las víctimas de violaciones de derechos reproductivos, pero las respuestas estructurales en forma de medidas legislativas son, en el mejor de los casos, raras, como muestra el capítulo de Cabal y Philips. Mientras que los burócratas de las instituciones descentralizadas responden con bastante rapidez en Costa Rica, no lo hacen quienes tienen cargos electos y las personas designadas por ellos en los distintos ministerios. Todavía queda más claro en la descripción de Wilson y Rodríguez que en los procesos judiciales sobre igualdad de género los burócratas cumplen las decisiones particulares, pero los órganos legislativos tardan años en dar respuesta. De todas las órdenes recogidas en este libro, las dirigidas a los cargos electos que elaboran las políticas públicas parecen tener el peor historial de cumplimiento.

La razón para esto la muestra el balance del análisis de costos. En el lado del incumplimiento, para cualquier órgano legislativo el costo

de no legislar como respuesta a la decisión de un tribunal extranjero o nacional es sin duda mínimo. Eso es aún más cierto cuando la decisión podría ser impopular entre las bases electorales específicas de un legislador. Los parlamentarios no están sujetos a multas ni a responsabilidad personal civil o penal por no legislar en respuesta a una orden judicial. La multiplicidad de sujetos potencialmente responsables diluye la responsabilidad. En ausencia de una movilización concentrada, sostenida e intensa, las posibilidades de que un parlamentario específico de un órgano legislativo padezca las consecuencias electorales de no cumplir una decisión, aun cuando esa decisión sea popular, son ínfimas.

Además, en cuanto al costo del cumplimiento, los cargos electos incurren en muchos costos normativos e ideológicos que los burócratas no tienen. Mientras que los burócratas en general llevan a cabo otros mandatos de la ciudadanía y, por consiguiente, podrían no tener intereses personales en juego con respecto a la creación de políticas en un asunto determinado, los parlamentarios tienen un interés inherente en mantener el control de la creación de políticas: a eso es a lo que se dedican. Los órganos legislativos son, en general, más receptivos a la pérdida de poder implícita cuando los tribunales participan en el área de la creación de políticas y, en apariencia, exceden los límites de su papel tradicional como jueces en el acuerdo vigente de separación de poderes (cfr. Ferraz, y Çali y Koch). Los legisladores en los países más nacionalistas desconfían en especial de las sentencias que favorecen a las minorías, y los legisladores europeos en general tienen una fuerte preferencia por la creación de políticas y las decisiones de sus propios tribunales y órganos legislativos (Çali y Koch). De hecho, los costos normativos altos de sentencias en favor de grupos estigmatizados, como los romaníes, o sobre derechos impopulares, como el derecho al aborto, proporcionan a políticos astutos la oportunidad de generar ruido resistiéndose a una orden judicial, como ocurrió en Eslovaquia, Grecia, Francia, Rumania y México.

En resumen, parece que en la mayoría de los casos la presencia o ausencia de una decisión judicial no altera demasiado el balance de costos para los órganos legislativos y el cumplimiento es, en general, menos probable cuando la sentencia requiere la coordinación y la intervención del órgano legislativo. Si acaso, una vez que tenemos en cuenta los costos normativos del cumplimiento, la perspectiva de un balance negativo parece bastante probable, así que no sorprende que muchas sentencias cuyos destinatarios son los políticos tengan pocos efectos en el mundo real. Lo contrario es cierto, como es obvio, cuando una sentencia se limita a modificar la legislación por decreto, como cuando una ley es declarada inconstitucional. A veces, los propios

tribunales pueden legislar afirmativamente modificando la legislación (por ejemplo, los tribunales canadienses y colombianos “dedujeron” que la legislación había cambiado). Otras sentencias se limitan a vetar o anular la legislación inapropiada, y los tribunales a veces reinterpretan la legislación existente para ajustarla a las demandas judiciales. En todos esos casos, el órgano legislativo es el que tiene que soportar los costos de coordinación para superar la situación denunciada en la sentencia del tribunal y el historial de éxito es mucho más alto.

El balance parece inclinarse del lado de los legisladores cuando consideran que desarrollar o cumplir lo dispuesto por el tribunal le interesa en parte también a los parlamentos. En consecuencia, Çali y Koch argumentan que los órganos legislativos de los Estados europeos consolidados tienden a cumplir con las sentencias del TEDH porque perciben que es de su propio interés dar ejemplo a los Estados menos consolidados desde el punto de vista democrático. Eso es especialmente probable cuando la naturaleza “deliberativa” de la orden reduce la pérdida con respecto a los costos de soberanía al permitirles diseñar los aspectos específicos de la política pública. A su vez, los órganos legislativos de los Estados menos consolidados de la UE o que aspiran a formar parte de ella cumplen porque perciben que se corresponde con su interés nacional mostrar que son o podrían ser buenos ciudadanos de la UE, aun a consecuencia de perder en esa cuestión específica de política pública. En resumen, puede haber casos en los que intereses más amplios hagan a los legisladores más receptivos a tribunales específicos de lo que los burócratas lo serían.

Una lección extraíble de estos ejemplos es que si bien para los burócratas los costos y beneficios están en gran medida circunscritos a sus intereses personales y a los del organismo administrativo, y tal vez al mérito del caso mismo, para los cargos electos las características específicas del caso bien pueden estar subordinadas a preocupaciones más generales. Los demandantes específicos harían bien en considerar esas preocupaciones más generales, y la mayor dificultad de conseguir el cumplimiento por parte de los legisladores, a la hora de decidir de qué forma estructurar la demanda judicial, dónde presentarla y qué clase de medida judicial solicitar.

Pero ¿qué pasa con las sentencias cuyos destinatarios son otros jueces, ya sean jueces inferiores del mismo sistema judicial o jueces nacionales que deban cumplir con las sentencias de tribunales internacionales? En muchos sistemas de derecho civil, los jueces de los tribunales inferiores consideran un insulto a su independencia tener que someterse incluso a las sentencias de un tribunal superior, a menos que eso tenga lugar en el contexto de una apelación directa. Aun así, cuando

una orden judicial va dirigida a un tribunal inferior, los problemas de cumplimiento se minimizan. Es posible que los tribunales inferiores disientan, pero es improbable que tengan éxito en oponerse a una orden directa durante mucho tiempo, ya que, en casi todos los sistemas judiciales, los tribunales superiores tienen muchas herramientas para hacer que un juez recalcitrante de un tribunal inferior cumpla. Eso es cierto incluso en muchos de los sistemas de derecho civil que niegan de forma expresa efectos *erga omnes* a las decisiones de los tribunales superiores. Es evidente que en esos casos los costos económicos y políticos del cumplimiento son relativamente pequeños, aunque podría haber altos costos ideológicos, mientras que los costos del incumplimiento son muy reales, medidos en términos de carrera profesional, cargos, salarios, pérdida de la colegialidad y otros parecidos.

La situación de los tribunales internacionales cuyas decisiones van dirigidas a los tribunales nacionales es más complicada. En muchos casos, los tribunales locales parecen estar dispuestos a aliarse con sus pares internacionales (los tribunales argentinos han adoptado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana; los tribunales europeos han hecho a menudo eso mismo). Sin embargo, a veces los tribunales nacionales se resisten. Los tribunales brasileños han seguido el camino tomado por sus cargos electos a la hora de resistirse a las sentencias de la Corte Interamericana en el caso de la represa Belo Monte y en el caso de amnistías por violaciones pasadas de los derechos humanos. Como señalan Çali y Koch, eso parece depender de la política nacional de cada país y del peso relativo asignado, por un lado, a los costos políticos potencialmente impuestos por una audiencia internacional y, por el otro, al costo normativo de sentencias contrarias a una decisión nacional importante de política pública, a petición de un tribunal "extranjero". En el caso de los tribunales brasileños en concreto parece probable que los costos sean más ideológicos y normativos que políticos, puesto que esos tribunales están bastante separados de la política y no son en absoluto reticentes a dictar sentencias en nombre de los DESC, al menos en casos individuales (Ferraz).

Este libro, infortunadamente, no incluye ejemplos de particulares como destinatarios de los que quepa extraer conclusiones, aunque parece probable que un cálculo de costo-beneficio similar inspiraría las decisiones sobre cumplimiento de estos sujetos. Los productores y los vendedores al por menor son sensibles a las amenazas de boicots, la pérdida del buen nombre de una marca o la posibilidad del castigo proveniente de terceros bajo la forma de regulación o demandas judiciales. Además, los mecanismos básicos (acción concertada, movilización sostenida y publicidad, interacción con los mecanismos

de cumplimiento del Estado) son bastante parecidos. También los recursos que los proponentes deben utilizar para elevar los costos del incumplimiento deberían ser aproximadamente los mismos. En consecuencia, cabría esperar encontrar una dinámica y preocupaciones parecidas en el cumplimiento de las sentencias contra particulares, como las observadas para los participantes en el mercado.

Estrategias

Es evidente que hay decisiones estratégicas que tienen un efecto global en los costos del cumplimiento. Hemos señalado en nuestro trabajo (Gauri y Brinks, 2008), por ejemplo, que los casos individuales son más fáciles de ganar que los casos colectivos significativos. Pero el historial de cumplimiento es más ambiguo en ambos extremos del espectro cuantitativo. Como se analizó, eso se debe en la mayoría de los casos a que los costos presupuestales del cumplimiento son mucho más bajos en los casos individuales, pero también lo son los costos políticos del incumplimiento. De no existir circunstancias excepcionales, las demoras de los burócratas frente a una orden judicial individual que conceda un medicamento específico a un particular determinado es improbable que generen titulares de periódico y manifestaciones públicas. Es incluso improbable que den lugar a sanciones individuales, a menos que los demandantes tengan el apoyo de abogados bien calificados y con recursos. En sentido contrario, los casos colectivos complejos atraerán una atención mucho más sostenida de activistas y del público, pero por lo general son mucho más caros para el destinatario y, por tanto, justifican una resistencia mucho mayor.

Una forma de incidir en el costo político del cumplimiento, por tanto, sería comenzar con casos individuales hasta que un derecho esté bien establecido y haya sido aceptado por el público, es decir, usar el cumplimiento en casos de poca repercusión para cambiar la percepción social sobre un tema. Es posible recurrir a órdenes limitadas, bien dirigidas, y a la amenaza de sanciones menores ordenadas por un tribunal, dirigidas ambas a burócratas de rango inferior para elevar el costo del incumplimiento en los primeros casos, especialmente si eso va unido a la movilización política. Luego, una vez que el derecho haya sido ampliamente aceptado, y el discurso en torno a un tema haya cambiado (véase Rodríguez Garavito), podría intentarse un caso colectivo más importante con costos presupuestales mucho más altos, confiando en que oponerse públicamente a un derecho bien establecido en un caso importante puede generar costos políticos mucho más altos, especialmente si va unido a la movilización política.

También cabe reducir los costos normativos de una orden entrando en un proceso más dialógico durante el desarrollo del trámite judicial. Si el destinatario de la demanda judicial está involucrado en las actividades para encontrar una solución al problema, es más probable que la orden final de incorporar esa solución encuentre a la gente más dispuesta a llevarla a cabo, con independencia de cuál sea su repercusión financiera. La solución de compromiso sería una medida judicial menos integral o absoluta, o incluso menos transparente de lo que inicialmente se buscó, que pueda reducir el cumplimiento, pero que puede merecer la pena al obtener el cumplimiento voluntario del destinatario de la demanda judicial. También cabe reducir los costos financieros de una orden si se encuentran formas de insertar la respuesta requerida en la estructura estatal existente y se buscan medidas que puedan ser satisfechas por las estructuras estatales, reduciendo así los costos económicos y normativos del cumplimiento.

Por último, hay algunas cosas que pueden hacer los proponentes, con la cooperación de los tribunales, para aumentar los costos del incumplimiento. Pueden solicitar medidas provisionales, antes de una sentencia definitiva, que cambien las consideraciones políticas y la valoración de una cuestión. En algunos casos analizados en este libro, los proponentes han conseguido órdenes judiciales que producen nueva información sobre la fortuna de las víctimas de una violación de derechos humanos. En Argentina, el tribunal ha ordenado estudios epidemiológicos y otras encuestas entre las poblaciones afectadas por la terrible contaminación en la cuenca del Riachuelo. En Colombia, el tribunal ha hecho lo mismo con los millones de personas internamente desplazadas. En ambos casos, las audiencias públicas generaron atención y cobertura por la prensa. Los informes periódicos de los destinatarios de los procesos judiciales proporcionaron la oportunidad de subrayar cuán lejos de la solución estaban las autoridades. Es posible acudir a los tribunales con la intención explícita de generar las condiciones que hagan posible un aumento de los costos del incumplimiento, y producir información y oportunidades que no existían.

Conclusiones

Los pocos trabajos más teóricos realizados hasta ahora tienden a centrarse, sobre todo, en la respuesta pública a las órdenes judiciales y los correspondientes costos políticos del incumplimiento (Vanberg, 2001; Staton, 2004). Otros trabajos añaden alguna consideración sobre la importancia de la cuestión para otras ramas del Gobierno (algo parecido a lo que yo he llamado los costos normativos del cumplimiento) (Epstein

et al., 2001). Esas obras no detallan, sin embargo, las estrategias que podría seguir la sociedad civil para influenciar el análisis de costo-beneficio con respecto al cumplimiento, ni examinan tampoco de forma sistemática la importancia relativa de cada uno de los factores. Aquí he intentado extraer algunas lecciones de la literatura académica y de los capítulos de este libro, con el propósito de analizar qué es lo que los demandantes pueden hacer para elevar los costos del incumplimiento o reducir los costos del cumplimiento sin comprometer sus fines.

El cumplimiento, como deja claro este libro, es muchas veces un reto mayor que obtener una sentencia favorable. La literatura académica ha hecho algunas contribuciones importantes, pero todavía sabemos muy poco sobre qué es lo que lleva al cumplimiento en casos específicos. Las experiencias recogidas en este libro ofrecen una muestra variada importante de experiencias con respecto al cumplimiento en todo el mundo; aportan información invaluable, que nos permite elaborar algunas hipótesis, y despiertan preguntas para futuras investigaciones. Además, ofrecen a los activistas algunas lecciones importantes y ejemplos que podrían ayudar a pensar nuevas estrategias e interponer nuevos procesos judiciales. Como dejan claro estas contribuciones, las demandas judiciales sobre DESC están cambiando la política en todo el mundo y el nuevo reto para activistas y académicos es una mejor comprensión de sus efectos, incluida la probabilidad de cumplimiento.

TABLA I
Resumen de casos, variables y balance de costos

Sentencias del TEDH (Çali y Koch)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Tribunales nacionales frente a tribunales internacionales; proceso de cumplimiento deliberativo; apoyo general para los derechos humanos en la población de los Estados destinatarios.	El proceso deliberativo de cumplimiento permite que el destinatario defina los medios de tal forma que reduzca los costos normativos y financieros de cumplir con una orden judicial “extranjera”. El afecto positivo hacia las decisiones de derechos humanos significa que el destinatario busca formas de cumplir con costos mínimos, en lugar de explorar vías de escape que eviten el cumplimiento sustantivo. Los costos percibidos de establecer un mal ejemplo para nuevos Estados llevaron a los Estados consolidados de la UE a cumplir; el deseo de los Estados de pertenecer a la UE los lleva a cumplir.	Alto.

Caso de PID de la Corte Constitucional colombiana (Rodríguez Garavito)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Activismo dialógico; derechos fuertes, remedios moderados y supervisión continuada.	La fase de seguimiento permite a las partes afectadas desarrollar información, propuestas y, en última instancia, soluciones que son más efectivas, al mismo tiempo que permiten el reexamen público del cumplimiento, y la publicidad y la imposición de costos en caso de incumplimiento.	Alto.

Decisiones de la Sala IV de Costa Rica en casos individuales (Wilson y Rodríguez)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Responsabilidad personal por el incumplimiento; inmediatez de la orden; naturaleza del organismo administrativo destinatario (cuanto más cercano está el organismo del poder o la política, menor el nivel de cumplimiento).	Los burócratas individuales ponderan los costos personales del incumplimiento con los costos del cumplimiento soportados por el Estado.	Alto (condicionado a la supervisión).

Derecho a la huelga del sector público en Costa Rica (Wilson y Rodríguez)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Trabajadores organizados, órdenes claras.	Los sindicatos públicos bien organizados pueden imponer costos en caso de incumplimiento.	Alto.

Igualdad de género (Wilson y Rodríguez)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Demandantes organizados, en buena situación, y personas interesadas; legisladores frente a burócratas como destinatarios.	El cumplimiento de los burócratas (costos bajos) fue inmediato; la acción legislativa para formalizar el resultado en la legislación fue costosa y llevó años.	Alto y bajo, dependiendo del destinatario.

Servicios médicos para pacientes que viven con sida en Costa Rica (Wilson y Rodríguez)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Demandantes poco populares; naturaleza del organismo administrativo.	El caso original de 1992 fue tratado como individual, sin cumplimiento expansivo. El caso de 1997 fue tratado como universal, con un alto cumplimiento, a pesar de costos mucho mayores (aunque los costos del tratamiento han caído enormemente entre las dos decisiones), pero también una base social más amplia. El caso de 1997 es difícil de explicar: beneficia a más sujetos, así que el cumplimiento podría verse estimulado por su capital político, pero en fecha tan tardía como 1998, el Gobierno les negaba a los activistas gay el derecho a organizarse e hizo declaraciones públicas en contra de ellos. El grupo parece haber tenido más apoyo de las élites jurídicas, aunque no del público en general, en 1997.	Al principio bajo, luego alto.

Argentina: casos de número mediano de demandantes que afectan las “villas”; casos estructurales que afectan a las personas encarceladas; todas las personas que viven en la cuenca del Riachuelo; todas las personas discapacitadas que usan un ferrocarril concreto (Morales, Sigal y Rossi)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Tamaño, organización (presencia de CSO) y dispersión de los proponentes, junto con la capacidad de reclamar crédito por las mejoras en el otro lado. Dimensión del reto. Amenaza de multas personales y acusaciones penales (no exitosas, probablemente por su uso tímido e ineficiente). Multas al Estado son inservibles en este contexto.	El centro de atención de este capítulo sigue siendo el juez. Pero está claro que hay una diferencia entre los efectos de las demandas en los casos de número medio de demandantes, que se nos dice que están presentes en el tribunal y pueden identificar exactamente las consecuencias del incumplimiento.	Casos individuales y de número mediano suelen conseguir el cumplimiento; en los casos estructurales hay cumplimiento solo si el tribunal toma acciones afirmativas.

Casos del derecho a la salud en Brasil (Ferraz)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Casos individuales frente a casos colectivos.	Preocupaciones por la separación de poderes inhiben a los jueces a la hora de tomar decisiones que hagan cumplir el derecho a la salud, es posible que anticipando la resistencia a cumplirlas.	Cumplimiento en los casos individuales; “incumplimiento” en casos colectivos.

Remedios estructurales canadienses (Porter)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Naturaleza de la orden: órdenes dirigidas al marco jurídico que están totalmente bajo control de los tribunales frente a órdenes dirigidas a características estructurales del Estado que son más difíciles.	“Incluir” por vía de interpretación a los grupos es fácil: extender los programas existentes a un nuevo grupo, eliminar las exclusiones discriminatorias, interpretar “derechos negativos” en los DESC, permite a las personas sin hogar construir refugios en propiedades públicas. Con respecto a decisiones más estructurales (Doucet-Boudreau, por ejemplo), el autor dice: “la responsabilidad continuada frente al cumplimiento quedó garantizada por el calendario de sesiones informativas ante el tribunal. Un remedio alternativo, configurado en un entorno institucional diferente, podría haber requerido sesiones informativas ante otro órgano que pudiera proporcionar una supervisión efectiva [...]. La jurisdicción continuada de los tribunales no usurpa los procesos democráticos. Más bien, apoya y refuerza los procesos participativos que son requeridos para implementar remedios efectivos y apropiados frente a las violaciones en muchas circunstancias”.	Alto en los casos menos estructurales.

Indemnización multimillonaria del NAPE para las mujeres, en contra de Terranova (Porter)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Campaña de cabildeo de los grupos de mujeres y de trabajadores; contexto fiscal.	En un contexto de escasez, los costos de oportunidad llevan al no pago. Una vez que hubo más dinero y fuerte presión política, se produjo el pago.	Alto.

Demandas judiciales en Estados Unidos (en los estados federados) (Shanor y Albisa)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
La presencia de un movimiento social más amplio es útil de varias formas; naturaleza de la campaña política (por ejemplo, organizadores profesionales frente a bases sociales). Crisis fiscal.	Sentencias abiertas que desestabilizan el statu quo, pero permiten a los órganos legislativos reinventar el sistema escolar, junto con un profundo movimiento político, lo que produce una reforma escolar significativa en algunos casos. Algunas ganancias duraron poco, al surgir una crisis fiscal y desvanecerse la voluntad política.	Cumplimiento mixto en función de la movilización y de los costos de oportunidad.

Vivienda en Sudáfrica (Langford y Kahanovitz)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Organización de la comunidad; demandantes estigmatizados.	A diferencia de los casos estadounidenses sobre educación, aquí el cumplimiento mejoró con el transcurso del tiempo, lo que es función de la movilización política continuada. Pero cuando hay un grupo estigmatizado o mal organizado, hay menos cumplimiento.	Cumplimiento mixto dependiendo de la naturaleza del grupo y de la presencia de CSO.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Viljoen)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Los factores que no parecen importar: inmediatez, claridad de la decisión, naturaleza de derechos, violaciones masivas. Factores que parecen importar: democracia libre y estable, participación de las ONG, tamaño del grupo proponente (grupo único o pequeño de demandantes es menos probable que lleve al cumplimiento), la violación por un Gobierno previo.	Los costos políticos parecen inducir la decisión de cumplir. Por consiguiente, un cambio de Gobierno reduce el costo político de reconocer una violación; la democracia hace más fácil imponer costos y los proponentes más organizados tienen éxito más a menudo.	Cumplimiento bajo o incumplimiento, excepto en casos de cambio político.

Casos de romaníes y trashumantes en Eslovaquia, Grecia, Francia, Rumanía y Reino Unido (Dobrushy y Alexandridis)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Grupo estigmatizado; supervisión de órganos judiciales (TEDH) no funcionó.	Los Estados pagan los daños, pero no abordan el problema subyacente con una reforma de la política debido a la oposición a medidas que sean vistas como favorables a los romaníes. Falta de organización y de recursos políticos. La resistencia no tiene base en los costos financieros, puesto que gran parte del cumplimiento podría apoyarse en fondos de la UE o en permitirles que se ayuden a sí mismos, así que la clave parecen ser los costos normativos: "La verdadera razón activa tras ese fracaso persistente no es otra que la impopularidad social y el prejuicio profundamente arraigado contra los romaníes y los trashumantes en casi todos los Estados miembros del Consejo de Europa".	Bajo.

Derechos reproductivos (esterilización forzada, derecho al aborto, mortalidad materna) (Cabal y Philips)		
Principales variables	Análisis del balance de costos	Cumplimiento
Reparaciones individuales frente a remedios estructurales; capacidad organizativa de los proponentes; supervisión continuada.	El factor clave es la incapacidad de imponer costos políticos: cuando una única ONG usa un par de demandantes individuales para conseguir reformas estructurales, el cumplimiento es más difícil. La movilización de los medios de comunicación ayuda: "Los socios nacionales del Centro han tenido una intervención importante para llamar la atención del público sobre esas cuestiones mediante un uso estratégico de los medios de comunicación, la formación de coaliciones y otras estrategias diseñadas para elevar la conciencia pública", en especial cuando hay alguna supervisión continuada. Pero el afecto negativo les facilita a los políticos desafiar a los tribunales y a veces liderar campañas contra esos avances.	Cumplimiento principalmente de las indemnizaciones individuales, no de las estructurales.

Referencias

- Bergman, M. (2009). *Tax evasion and the rule of law in Latin America: The political culture of cheating and compliance in Argentina and Chile*. University Park, PA: Pennsylvania State University Press.
- Brinks, D. M. y Gauri, V. (2008). A new policy landscape: Legalizing social and economic rights in the developing world. En Gauri, V. y Brinks, D. (eds.). *Courting Social Justice* (pp. 303-352). New York: Cambridge University Press.
- Brinks, D. M. y Botero, S. (2014). Inequality and the rule of law: Ineffective rights in Latin America. En Brinks, D. M., Mainwaring, S. y Leiras, M. (eds.). *Reflections on Uneven Democracies: The Legacy of Guillermo O'Donnell* (pp. 214-239). Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Caldeira, G. (1986). Neither the Purse nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court. *American Political Science Review*, 80 (4), 1209-26.
- Carrubba, C. (2009). A model of the endogenous development of judicial institutions in federal and international systems. *Journal of Politics*, 71 (1), 55-69.
- Epstein, L., Knight, J. y Shvetsova, O. (2001). The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. *Law & Society Review*, 35 (1), 117-64.
- Gauri, V. y Brinks, D. M. (eds.) (2008). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. New York: Cambridge University Press.

- Gibson, J. L. y Caldeira, G. A. (1995). The legitimacy of transnational legal institutions: Compliance, support, and the European Court of Justice. *American Journal of Political Science*, 39, 459-89.
- Gibson, James L., Caldeira, G. A. y Baird, V. A. (1998). On the legitimacy of national high courts. *American Political Science Review*, 92, 348-58.
- Kapiszewski, D. y Taylor, M. (2013). Compliance: Conceptualizing, measuring, and explaining adherence to judicial rulings. *Law & Social Inquiry*, 38 (4), 803-835.
- Peruzzotti, E. y Smulovitz, C. (eds.) (2006). *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in New Latin American Democracies*. Pittsburgh: University of Pittsburg Press.
- Sabel, C. y Simon, W. (2004). Destabilization rights: How public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, 117 (4), 1015-1101.
- Smulovitz, C. (2003). How can the rule of law rule? Cost imposition through decentralized mechanisms. En Maravall, J. M. y Przeworski, A. (eds.). *Democracy and the Rule of Law* (pp. 168-187). Cambridge: Cambridge University Press.
- Smulovitz, C. y Peruzzotti, E. (2003). Societal and horizontal controls: Two cases of a fruitful relationship. En Mainwaring, S. y Welna, C. (eds.). *Democratic Accountability in Latin America* (pp. 309-332). Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Staton, J. K. (2004). Judicial policy implementation in Mexico City and Mérida. *Comparative Politics*, 37 (1), 41-60.
- Staton, J. K. (2010). *Judicial power and strategic communication in Mexico*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press.
- Staton, J. y Vanberg, G. (2008). The value of vagueness: Delegation, defiance, and judicial opinions. *American Journal of Political Science*, 52 (3), 504-19.
- Tyler, T. R. y Rasinski, K. (1991). Procedural justice, institutional legitimacy, and the acceptance of unpopular US Supreme Court decisions: A reply to Gibson. *Law & Society Review*, 25 (3), 621-30.
- Vanberg, G. (2001). Legislative-judicial relations: A game-theoretic approach to constitutional review. *American Journal of Political Science*, 45 (2), 346-61.
- Weingast, B. R. (1997). The political foundations of democracy and the rule of law. *American Political Science Review*, 91 (2), 245-63.

Sobre los autores

Víctor Abramovich es abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con un LL.M. de American University de Washington, D.C. Ha sido procurador fiscal ante la Corte Suprema de Argentina, secretario ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDDHH), miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), director ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), consultor del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), asesor legal de la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires y consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Es profesor de derechos humanos en la UBA y en la Universidad Nacional de Lanús, profesor visitante de American University y autor de gran cantidad de publicaciones, especialmente sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Cathy Albisa es directora ejecutiva de la National Economic and Social Rights Initiative (Nesri) y abogada de derechos humanos y de derecho constitucional, especialmente en el derecho a la salud; tiene amplia experiencia en el trabajo con organizaciones comunitarias en el uso de los estándares de derechos humanos para fortalecer el activismo de los derechos en Estados Unidos. Entre sus publicaciones se pueden mencionar: *Bringing Human Rights Home: A History of Human Rights in the United States*, editado con C. Soohoo y M. Davis (Pennsylvania Studies in Human Rights, 2009).

Theodoros Alexandridis es abogado en la organización Greek Helsinki Monitor. Ha manejado numerosos casos relativos a la discriminación racial, el maltrato policial, la libertad de expresión y la libertad religiosa, en tribunales nacionales e internacionales. Entre 2007 y 2009 trabajó como abogado en el European Roma Rights Centre de Budapest, y participó en varios casos históricos ante órganos

internacionales. Ha trabajado también como asesor jurídico de ONG albanesas y es miembro del Colegio de Abogados de Atenas.

Daniel Brinks es profesor asociado en el Departamento de Gobierno y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, y codirector del Rapoport Center for Human Rights and Justice de la misma universidad. Su trabajo investigativo está enfocado en la contribución de la ley y las cortes en la profundización de la democracia y los derechos constitucionales. Sus investigaciones han sido publicadas en revistas como *Perspectives on Politics*, *Comparative Politics* y *Texas Law Review*. Es autor de libros sobre la respuesta judicial a la violencia policial, el cumplimiento de los derechos a la salud y a la educación en los países en desarrollo, especialmente en América Latina. Tiene un PhD en Ciencia Política de la Universidad de Notre Dame y un JD de la Universidad de Michigan.

616

Luisa Cabal es la directora del programa Derechos Humanos y Derecho del Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida (Unaid); exvicepresidenta de Programas en el Center for Reproductive Rights, donde supervisó todos los programas jurídicos y las acciones de incidencia de la organización en Estados Unidos y el resto del mundo. Profesora de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia y cofundadora de la primera red de profesores latinoamericanos que intentaron integrar la perspectiva de género y los derechos de las mujeres en el currículo de las facultades de Derecho (RED ALAS). En la actualidad es miembro de la Comisión Lancet sobre salud global y derecho. Se ha desempeñado como asesora del Panel Consultivo de Género del Departamento de Salud Reproductiva de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Comité de Derechos Reproductivos y Sexuales de la International Federation of OB/GYN's (FIGO) y el Global Health Institute de la Universidad de California.

Başak Çali es profesora de Derecho Internacional en Hertie School of Governance en Berlín (Alemania) y directora del Centro de Política Global de la Universidad de Koç en Estambul. Ha publicado ampliamente en el campo de los derechos humanos internacionales, en particular, sobre la legitimidad y el diseño de las instituciones internacionales de derechos humanos y sus efectos en las legislaciones nacionales, la política y las acciones de la sociedad civil. Sus publicaciones incluyen *The Authority of International Law: Obedience, Respect and Rebuttal* (Oxford University Press, 2015); *International Law for International Relations* (Oxford University Press, 2009) y *The Legalisation of Human Rights*, editado con Meckled-García (Routledge, 2006).

Poorvi Chitalkar es oficial de Programa en el Centro Global de Pluralismo.

Andi Dobrush es director ejecutivo de la Open Society Foundation for Albania (OSFA) desde marzo de 2009. Antes de unirse a OSFA trabajó durante doce años en el European Roma Rights Centre de Budapest, en la promoción del derecho de interés público, en particular, en la lucha contra las violaciones de derechos humanos. Abogado de formación, es experto en derechos de las minorías y de los romaníes, y en el desarrollo de legislación, políticas y medidas relativas a los derechos humanos y la igualdad. Se ha desempeñado como experto en estos temas a nivel nacional e internacional frente a instituciones como la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, el Consejo de Europa y el Centro Noruego para los Derechos Humanos. Ha publicado varios artículos sobre discriminación, derechos del pueblo rom, derechos sociales y económicos, y promoción de la sociedad civil. Tiene un grado en Derecho de la Universidad de Tirana (Albania) y un LL.M. en derecho de la Universidad Central Europea en Budapest.

617

Octavio Luiz Motta Ferraz es conferencista en justicia transicional en la Facultad de Derecho de la Universidad Dickson Poon y afiliado al Instituto de Brasil, ambos del King's College de Londres. Fue investigador sénior para el relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud. Ha publicado numerosas obras en el campo de los derechos sociales y económicos, en especial sobre demandas judiciales en el sector de la salud, como "Health inequalities, rights and courts: The social impact of the 'judicialization of health' in Brazil", en *Litigating the Right to Health: Can Courts Bring More Justice to Health Systems?*, editado por Yamin y Gloppen (Harvard University Press, 2011) y *Harming the Poor through Social Rights Litigation Lessons from Brazil* (Texas Law Review, 2011).

Varun Gauri es economista sénior en el Grupo de Investigación sobre el Desarrollo del Banco Mundial. Ha publicado artículos sobre una variedad de temas, como los sistemas de derecho consuetudinario, las demandas de interés público, la ejecución judicial de los derechos socioeconómicos, la economía política del VIH-sida, las elecciones estratégicas de las ONG, el uso de los vales educativos y la vacunación en los países en vías de desarrollo. Ha sido profesor visitante en la Universidad de Princeton y en el Departamento de Economía del Instituto Latinoamericano de Doctrina y Estudios Sociales (Ilades), Santiago,

Chile. Coeditó, con Daniel Brinks, *Courting Social Justice* (Cambridge University Press, 2008) y publicó “The cost of complying with human rights treaties”, en *The Review of International Organizations* (2011).

Steve Kahanovitz trabaja en Ciudad del Cabo, en la oficina del grupo de derecho de interés público sudafricano Legal Resources Centre (LRC). Representó durante muchos años a clientes que sufrieron la opresión del Estado durante el *apartheid*, antes de trabajar como director jurídico y luego como director nacional del LRC. Desde la adopción de la Carta de Derechos en la Sudáfrica democrática, se ha dedicado a defender casos relacionados con derechos socioeconómicos y, en especial, con el derecho de acceso a la vivienda. Después de trabajar un año como juez en el Tribunal de Tierras de Sudáfrica, regresó al LRC.

618

Anne Koch es investigadora y consultora en el Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP) en Berlín. Antes de vincularse al SWP, se desempeñó como investigadora y profesora del Hertie School of Governance, de la Universidad Europea Viadrina y de University College of London. Ha trabajado con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) y para Capacity Building International. De 2010 a 2011 trabajó como investigadora en un proyecto financiado por el Economic and Social Research Council (ESRC), “The Legitimacy and Authority of Supranational Human Rights Courts”. Estudió su doctorado en la Freie Universität, Berlín, que culminó con la tesis doctoral sobre los principios institucionales y normativos de las políticas de retorno de los inmigrantes en Alemania y Reino Unido. Su trabajo ha sido publicado en el *Journal of Ethnic Migration Studies*, *Forced Migration Review*, *Human Rights Quarterly* y *Human Rights Law Review*.

Malcolm Langford es profesor asociado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo, codirector del Centre on Law and Social Transformation, Chr. Michelsen Institute (CMI), investigador sénior de la Universidad de Bergen e investigador invitado en el Pluricourts Centre of Excellence. Ha sido asesor de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Oacnudh), de UN-Habitat, de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, e investigador y profesor visitante de varias universidades. Ha publicado extensamente sobre cuestiones relativas a los derechos humanos, el desarrollo internacional y la inversión internacional en los campos del derecho, la economía y la ciencia política. Entre sus libros están *Symbols or Substance? The Role and Impact of Socio-Economic*

Rights Strategies in South Africa, editado con B. Cousins, J. Dugard y T. Madlingozi (Cambridge University Press, 2013) y *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (Cambridge University Press, 2008).

Diego Morales es profesor asociado en la Universidad de Lanús y la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Fue director del Área de Inclusión Social y Derechos Económicos, Sociales y Culturales y director de Litigio y Defensa Jurídica de 2003 a 2010 del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Ha publicado artículos de investigación sobre derechos económicos, sociales y culturales, y sobre derechos de los inmigrantes.

619

Suzannah Phillips es la directora del área legal de Women Enabled International. Fue asesora jurídica del área de defensa internacional de derechos, en el Center for Reproductive Rights (CRR), y se desempeñó como profesora y abogada de planta en el Human Rights and Gender Justice Clinic de la Facultad de Derecho de la City University of New York (CUNY). Ha sido coautora de varias publicaciones como *Dignity Denied: Violations of the Rights of HIV-Positive Women in Chilean Health Facilities* (CRR, 2010) y *Clearing the Slate: Seeking Effective Remedies for Criminalized Trafficking Victims* (CUNY School of Law, 2014).

Bruce Porter es el director del Social Rights Advocacy Centre en Canadá, codirector de un importante proyecto de investigación sobre la “práctica de los derechos sociales” en el mismo país, comisionado de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario y asesor del Relator Especial de vivienda adecuada. Por muchos años ha estado activo en el ámbito internacional promoviendo la mejora de la supervisión a las decisiones judiciales sobre derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Tiene numerosas publicaciones en dicho campo, entre las cuales se destacan *Advancing Social Rights in Canada*, editado con M. Jackman (Irwin Law, 2014) e “Inclusive interpretations: Social and economic rights and the canadian charter”, in *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries* (Routledge, 2015).

Olman A. Rodríguez ha trabajado como letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica desde 1991 y oficial de enlace entre la Venice Commission y la Unión Europea. Ha sido miembro activo de varios proyectos en colaboración para mejorar los procesos judiciales en Costa Rica, como la Comisión Nacional para la Mejora de la Administración de Justicia y la Comisión de Educación

Jurídica Popular. Ha trabajado también en varias ediciones bilingües de la Constitución de la República de Costa Rica y ha publicado su investigación sobre la jurisdicción de la Corte Constitucional de Costa Rica en la *Duquesne Law Review*.

620

César Rodríguez Garavito es director y cofundador de Dejusticia, y director fundador del Programa de Justicia Global y Derechos Humanos en la Universidad de los Andes (Colombia). Se ha desempeñado como profesor visitante en las universidades de Stanford, Brown, NYU, Pretoria, Universidad Central Europea, Melbourne, Getulio Vargas e ITAM. Ha sido juez en la Corte Constitucional de Colombia y asesor de dicha Corte en materia de derecho a la salud. Abogado de la Universidad de los Andes, tiene maestría y doctorado en sociología de la Universidad de Wisconsin-Madison, maestría del Institute for Law and Society de la New York University y maestría en filosofía de la Universidad Nacional de Colombia. Sus publicaciones incluyen *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning* (ed., Cambridge University Press, 2015), *Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South* (Cambridge University Press, 2015, en coautoría con Diana Rodríguez); y coediciones como *Balancing Wealth and Health: The Battle over Intellectual Property and Access to Medicines in Latin America* (Oxford University Press, 2015) y *Globalization from Below: Toward a Cosmopolitan Legality* (Cambridge University Press, 2005).

Julieta Rossi es abogada de la Universidad de Buenos Aires, LL.M. de la Facultad de Derecho de New York University y becaria Fulbright en 2005. En la actualidad es asesora legal del Ministerio Público Fiscal de Argentina, Profesora Asociada en la Universidad de Lanús e investigadora en el Centro de Justicia y Derechos Humanos de la misma universidad. Enseña cursos de posgrado en la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Nacional de San Martín y la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Ha publicado artículos y documentos de investigación sobre normatividad de los derechos humanos, en especial sobre derechos económicos, sociales y culturales. De 2006 a 2011 fue directora de la Red Internacional para los derechos económicos, sociales y culturales ESCR-Net / Red DESC, y directora del área de derechos sociales y miembro de asamblea del Centro de Estudios Legales (CELS).

Amanda Shanor es asociada en el Center for National Security & the Law, Georgetown University Law Centre. Fue magistrada auxiliar del distrito sur de Nueva York y luego del circuito de Washington, D.C.

Fue también asociada del Georgetown University Law Center, para el que litigó, y ha escrito sobre derecho constitucional y temas de seguridad. Durante varios años fue funcionaria del programa para Estados Unidos del Robert F. Kennedy Center for Human Rights, donde trabajó sobre la implementación de estándares de derechos humanos en Estados Unidos. Entre sus publicaciones están: *Counterterrorism Law: Cases and Materials*, con C. Shanor (Foundation Press, 2011) y "Beyond Humanitarian Law Project: Promoting Human Rights in a Post-9/11 World", en el *Suffolk Transnational Law Review*.

Martin Sigal es abogado de la Universidad de Buenos Aires con un LL.M. de la Facultad de Derecho de Columbia University y Becario Fullbright en 2005. Cofundador y codirector de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia. Ha publicado sobre acciones colectivas y su relación con la defensa del derecho a la salud, el derecho a la educación y el derecho de los consumidores. Es coautor del libro *Las acciones colectivas* (Lexis Nexis, 2005) y ha participado en varios casos importantes sobre derechos colectivos en Argentina. También ha trabajado como profesor de Derecho y de cursos de la maestría de Derecho en las universidades de Palermo, San Andrés y de Buenos Aires, y ha coordinado el consultorio jurídico de derecho de interés público de la Universidad de Palermo. Actualmente se desempeña como director del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Frans Viljoen es profesor y director del Centre for Human Rights de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pretoria. Ha estado involucrado en la defensa jurídica y en la formación del sistema regional africano de derechos humanos, y ha publicado numerosas obras sobre la normatividad internacional de los derechos humanos, entre ellas *International Human Rights Law in Africa* (2 ed., Oxford University Press, 2012). Es también editor jefe de la revista *African Human Rights Law Journal* y coeditor de las versiones en inglés y francés de *African Human Rights Law Reports*.

Bruce M. Wilson es doctor de Washington University. Profesor de Ciencia Política de la Universidad Central de Florida, en Orlando (EE.UU.), y se desempeñó como investigador asociado sénior del Chr. Michelsen Institute, Bergen (Noruega). Sus investigaciones han sido publicadas en numerosas revistas indexadas, como *Comparative Political Studies*, *Journal of Latin American Studies*, *Comparative Politics*, *Journal of Politics in Latin America* e *International Journal of Constitutional Law*.

Entre sus libros se pueden mencionar: *Costa Rica: Politics, Economics, and Democracy* (Lynne Rienner Publishers, 1998) y un libro en coautoría, *Courts and Political Power in Latin America and Africa* (Palgrave Macmillan, 2010). Fue coeditor de la revista *Journal of Political Science Education*.

La lucha por los derechos sociales

Los fallos judiciales y la disputa
política por su cumplimiento

La maduración de la jurisprudencia sobre derechos socioeconómicos en varias jurisdicciones plantea preguntas sobre su eficacia. Este libro es el primer estudio comparativo e interdisciplinario que analiza en detalle la cuestión específica del impacto y el cumplimiento de las sentencias que los protegen.

Además de mostrar en qué grado se implementan dichas sentencias en el mundo, estudia factores y estrategias que han mostrado utilidad práctica para jueces, académicos y practicantes, a la hora de analizar y promover el impacto del litigio y la jurisprudencia sobre los derechos sociales.

El libro congrega a académicos y litigantes de varios campos y disciplinas. Sus enfoques son igualmente diversos: en él se encuentran análisis cuantitativos, estudios de caso de algunos de los fallos más importantes de la jurisprudencia mundial, y estudios comparativos de cortes de diferentes países y regiones.

Además del análisis conceptual de los coordinadores y comentaristas, el volumen presenta estudios de caso de Costa Rica, Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, India y Sudáfrica. Además, incluye análisis de decisiones regionales como las del Sistema Africano de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los estudios con foco geográfico se complementan con capítulos transnacionales centrados en temas como los derechos sexuales y reproductivos, y el derecho a la vivienda.

ISBN 978-958-5441-20-0



9 789585 441200