



MALCOLM LANGFORD

Becario de Investigación del Centro Noruego de Derechos Humanos y Director de la Oficina Internacional de Hakijamii (Centro de Derechos Económicos y Sociales). Este trabajo fue presentado en la Reunión Internacional sobre Estrategias de la Red-DESC, que tuvo lugar del 1 al 4 de diciembre de 2008 en Nairobi, y elaborado en parte en colaboración con las organizaciones que

coordinan la Base de Datos de Jurisprudencia de la Red-DESC: Centre on Housing Rights and Evictions, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Social Rights Advocacy Centre. El autor agradece los útiles comentarios de Aoife Nolan y Khulekani Moyo.

Email: malcolm.langford@nchr.uio.no.

RESUMEN

Desde una perspectiva histórica, el avance de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la jurisprudencia comparada y estrategias de litigio resulta notable. Ha habido una ampliación y profundización de la exigibilidad de estos derechos por vía de los tribunales nacionales, comenzando por un número reducido de jurisdicciones y extendiéndose a países de todas las regiones y sistemas jurídicos del mundo. Si bien esta tendencia arroja dudas sobre las suposiciones tradicionales acerca de la no justiciabilidad de los DESC, continúa habiendo interrogantes conceptuales, instrumentales y empíricos. Este trabajo intenta ofrecer un panorama general que incluye las causas subyacentes de este desarrollo socio-jurídico, el carácter y contenido de la jurisprudencia emergente, las pruebas empíricas y debates en torno al impacto y lecciones aprendidas a partir de las estrategias de litigio. Como conclusión se ofrecen algunas ideas sobre cómo podría continuar el desarrollo de este campo.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodríguez.

Recibido en octubre de 2009. Aceptado en noviembre de 2009.

PALABRAS CLAVE

Justiciabilidad – Derechos sociales – Impacto – Litigio estratégico



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

JUSTICIABILIDAD EN EL ÁMBITO NACIONAL Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: UN ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO

Malcolm Langford

1 Introducción: El avance de la justiciabilidad de los DESC en el ámbito interno

Desde una perspectiva histórica, el avance de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la jurisprudencia comparada y estrategias de litigio resulta notable. Es difícil encontrar fallos y decisiones sobre DESC en la mayor parte del siglo XX, aunque en la legislación y el derecho administrativo se registra toda una serie de derechos sociales exigibles (ANNAN, 1988; KING, 2008). Los fallos más prominentes basados en los DESC internacionalmente reconocidos se limitaban a organismos como el Comité de Libertad Sindical de la OIT (FENWICK, 2008) o a sentencias aisladas dictadas en jurisdicciones nacionales como Alemania, Estados Unidos y Argentina (ALBISA; SCHULTZ, 2008; ACKERMAN, 2004; COURTIS, 2008). Por ejemplo, la Corte Constitucional Federal de Alemania dictaminó que existía el derecho a un nivel de vida básico mínimo (*Existenzminimum*) y que las universidades debían usar el máximo de recursos de que dispusieran para ofrecer vacantes a los candidatos a cursar estudios de medicina (Alemania, *Numerus Clausus I Case*, 1972).

En las últimas dos décadas hemos sido testigos de un cambio radical. Los DESC parecen haber sido rescatados en parte de las controversias en torno a la legitimidad, legalidad y justiciabilidad y en muchas jurisdicciones se les ha otorgado un lugar más preponderante en las actividades de defensa, en el discurso y la jurisprudencia (LANGFORD, 2008). Si fuéramos a especular respecto de la cantidad total de fallos que invocaron los DESC establecidos en constituciones y en el derecho internacional, diríamos que son entre cien y doscientos mil. Hoffman

Ver las notas del texto a partir de la página 132.

y Bentes (2008) cuentan más de 10.000 casos en Brasil solamente, y pueden observarse patrones similares en Colombia y Costa Rica (SEPÚLVEDA, 2008; WILSON, 2009). Es probable que la tendencia continúe con la adopción en 2008 de un procedimiento de quejas e investigación en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este Protocolo Facultativo podría generar mayor número de litigios en el ámbito nacional y reformas constitucionales en virtud de su requisito de que primero se agoten los recursos en el ámbito interno y de su papel en la promoción de la conciencia acerca de la potencial justiciabilidad de los DESC (MAHON, 2008; LANGFORD, 2009).

A menudo se le adjudica a la India el mérito de haber sido la primera jurisdicción en desarrollar lo que podría llamarse una jurisprudencia en DESC relativamente madura. Luego del surgimiento en la década de 1970 de los litigios de interés público en casos sobre derechos civiles y políticos, se le dio al derecho a la vida una interpretación amplia que incluía una serie de derechos económicos y sociales (DESAI; MURALIDHAR, 2000; INDIA, *Bandhua Mukti Morcha vs. Union of India*, 1984). En su primer caso de derechos sociales en 1980, la Corte Suprema de la India ordenó a un municipio cumplir con la obligación que le imponía la ley de proveer agua, saneamiento y sistemas cloacales (INDIA, *Municipal Council Ratlam vs. Vardhichand and others*, 1980). Sin embargo, las sentencias y las órdenes de la Corte Suprema con frecuencia han sido conservadoras, especialmente en lo relativo a los derechos al trabajo, la vivienda y la tierra, creando un cierto nivel de ambivalencia respecto de la experiencia en la India (MURALIDHAR, 2008; SHANKA; MEHTA, 2008).

Algunos fallos posteriores de la Corte Constitucional de Sudáfrica atrajeron la atención internacional por la claridad del razonamiento judicial y por estar basados en derechos constitucionales explícitos. En *Grootboom*, un caso precursor, un grupo de residentes que estaban viviendo en el borde de un campo de deportes presentó una demanda aduciendo que se estaba violando su derecho a la vivienda. La Corte determinó que las autoridades del gobierno no habían tomado medidas legislativas y de otra índole que fueran *razonables*, dentro de sus recursos disponibles, para lograr la efectividad progresiva del derecho a la vivienda dado que sus programas no se ocupaban de ofrecer auxilio a quienes carecían de acceso a un refugio básico (SUDÁFRICA, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000). En fallos posteriores, esta Corte ordenó la implementación de un programa para prevenir la transmisión del VIH/SIDA (SUDÁFRICA, *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, 2002) de madre a hijo, determinó la inconstitucionalidad de la exclusión de los migrantes de los beneficios de la seguridad social (SUDÁFRICA, *Mahlaule vs. Minister of Social Development, Khosa vs. Minister of Social Development*, 2004a) y, superando a la tímida jurisprudencia india sobre desalojos en zonas urbanas, emitió órdenes relativamente concretas en seis causas diferentes para impedir desplazamientos urbanos o asegurar el acceso al reasentamiento (SUDÁFRICA, *Port Elizabeth vs. Various Occupiers*, 2004b; *Jaftha vs. Schoeman and others*, 2005b; *President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others*, 2005b; *Van Rooyen vs.*

Stoltz and others, 2005a; *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others*, 2008). Al mismo tiempo, varios fallos como el de *Mazibuko* sobre el derecho al agua (SUDÁFRICA, *City of Johannesburg and Others vs. Lindiwe Mazibuko and Others Case*, 2009) avalan la opinión de quienes critican a la Corte diciendo que su enfoque de razonabilidad es demasiado débil respecto de las obligaciones positivas y excesivamente deferente para con el Estado (PIETERSE, 2007).

Estas experiencias en India y Sudáfrica simbolizan una tendencia más amplia y contemporánea de aceleración del uso del litigio en América latina y Asia Meridional y, en menor medida, Europa, América del Norte, Filipinas y algunos países africanos (COOMANS, 2006; GARGARELLA, DOMINGO Y ROUX, 2006; LANGFORD, 2008; ICJ, 2007; ODINDO, 2005, MUBANGIZI, 2006). Para tomar alguna de estas jurisdicciones, la Corte Constitucional de Colombia ha usado la acción de tutela en miles de casos tendientes a asegurar el acceso inmediato a medicamentos de personas viviendo con VIH/SIDA, beneficios de la seguridad social para indigentes, y subsidios de alimentos para mujeres embarazadas pobres y desempleadas (SEPULVEDA, 2008). Para abordar las violaciones sistémicas de los derechos económicos y sociales, la Corte también desarrolló la doctrina del ‘estado de cosas inconstitucional’, como la situación de los desplazados internos o aquella derivada de un sistema de salud disfuncional (YAMIN; PARRA-VERA, 2000).

Si bien el foco de este trabajo está puesto en la exigibilidad en el ámbito nacional, no debe pasarse por alto la dimensión internacional. Se han utilizado mecanismos internacionales y regionales, y la jurisprudencia de estos órganos ha moldeado la interpretación de los DESC a nivel nacional (M. BADERIN, 2007; LANGFORD, 2008b). Por ejemplo, la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre trabajo infantil en el caso *Comisión Internacional de Juristas c. Portugal* ha tenido un impacto significativo sobre el derecho y la práctica en Portugal (COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, *ICJ vs. Portugal*, 1999). La decisión de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso *SERAC c. Nigeria* es notable por su articulación de las obligaciones de los Estados Africanos respecto de los DESC y, si bien no fue implementada en gran medida, proveyó una norma rectora clave para el continente y para litigios posteriores en Nigeria (COMISION AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, *Purohit and Moore vs. The Gambia*, 2003)¹. Incluso la Corte Internacional de Justicia ha salido al ruedo, sosteniendo que el Estado de Israel había violado el PIDESC y la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC) al construir el muro de ‘seguridad’ y su régimen asociado (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 2004). Más allá de los mecanismos internacionales de derechos humanos, ha aumentado la intervención de los movimientos y organizaciones de la sociedad civil en controversias internacionales relacionadas con las inversiones, junto con el uso del Panel de Inspección del Banco Mundial y los procedimientos de quejas de las directrices de la OCDE para empresas multinacionales, a pesar de sus limitados poderes (PETERSON, 2009; CLARK, FOX & TREAKLE, 2003; CERNIC, 2008).

Este bosquejo no busca trazar un panorama simple y optimista. Una cantidad significativa de Estados, muchos del Sudeste Asiático, Medio Oriente y Occidente,

se han negado a constitucionalizar los derechos con un efecto justiciable. Esto ocurre a pesar de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC) instó con vehemencia a todos los Estados a tomar esa dirección en su Observación General No. 9 y les hizo recomendaciones especiales a algunos Estados, como Canadá, el Reino Unido y China, en el transcurso del examen periódico (NACIONES UNIDAS, 1998; 2002; 2005; 2006). En otras jurisdicciones persisten las objeciones filosóficas a la justiciabilidad de los DESC aun cuando los derechos estén establecidos como justiciables en la constitución. Irlanda es un buen ejemplo de esta situación (NOLAN, 2008). En la decisión del caso *O'Reilly*, que luego fue ratificada por la Corte Suprema de Irlanda, el Ministro de la Corte Costello declaró que “ningún árbitro independiente, como un tribunal, puede juzgar respecto de la afirmación de una persona en el sentido de que ha sido privada de lo que le corresponde” si ello involucrara una distribución de recursos públicos para el bien común (IRLANDA, *O'Reilly*, 1989). Los tribunales de Europa del Este también han exhibido niveles similares de conservadurismo o lo que podría considerarse activismo neo-judicial. No estoy sugiriendo que deberían desestimarse las preocupaciones por los aspectos democráticos e institucionales de la función de los tribunales. En algunos casos o jurisdicciones el péndulo puede haber oscilado hasta llegar demasiado lejos. Doctrinas tales como la división de poderes deberían fijar límites a los tribunales, pero la pregunta para muchos es dónde deberían trazarse esos límites y si las innovaciones jurisprudenciales, procesales y en materia de remedios pueden disipar estas preocupaciones en la práctica.

Este trabajo se dispone a brindar un panorama socio-jurídico sobre la exigibilidad de los DESC en el ámbito nacional formulando algunas preguntas sobre sus orígenes, contenido, impacto y estrategias. Parte de cuestiones que pueden ser de relevancia particular para quienes ejercen la práctica jurídica y para los movimientos sociales, sin explayarse respecto de cuestiones de teoría jurídica o política. La sección 2 intenta identificar algunas de las razones que dan lugar al surgimiento de la jurisprudencia y qué obstáculos siguen enfrentando los defensores de los derechos en muchas jurisdicciones nacionales. En la sección 3, se analizan las tendencias en la jurisprudencia utilizando ciertas categorías, mientras que en la sección 4 se abordan las evidencias emergentes de los impactos del litigio. La sección 5 delinea algunas lecciones clave sobre estrategias de litigio, en especial según la mirada de los defensores de derechos, y la última sección del documento repasa brevemente algunas estrategias que podrían ser efectivas para los movimientos y organizaciones que se desempeñan en este ámbito.

2 Razones del avance de la justiciabilidad de los DESC

Un supuesto jurídico habitual es que el grado de justiciabilidad es función del *paisaje jurídico*. El aumento en la cantidad de jurisprudencia se relaciona claramente con el avance de la constitucionalización de los DESC (SIMMONS, 2009), particularmente en América latina, Europa del Este, África y, en menor medida, Occidente. No obstante, la jurisprudencia de los DESC no siempre ha surgido en forma pareja en estas jurisdicciones y también ha florecido en

jurisdicciones que tienen un enfoque más restrictivo de la justiciabilidad, por ejemplo Asia Meridional.

Charles Epp (1998) intenta una segunda teoría según la cual el avance de las ‘revoluciones de los derechos’ (para todos los derechos) por la vía judicial se basaba en la *configuración de la sociedad civil*. Epp sostiene que “la atención y reconocimiento judicial sostenido de los derechos individuales surgió principalmente de la presión desde abajo y no de un liderazgo desde arriba”. Señala “el esfuerzo cuidadoso y estratégico de los defensores de los derechos” que fue posible gracias a “la estructura de apoyo para la movilización legal conformada por organizaciones de defensa de los derechos, abogados dedicados a la defensa de los derechos... y fuentes de financiamiento”. Sin duda, en el ámbito de los DESC, la mayor parte de los casos de gran escala y que sentaron precedentes han sido impulsados por movimientos sociales, comunidades indígenas, organizaciones de derechos humanos y de la mujer, y grupos que trabajan por los derechos de los niños, los migrantes, las minorías, las personas con discapacidades y las personas que viven con VIH/SIDA, con un considerable grado de coordinación y apoyo. Estos nuevos actores no estatales han acrecentado el movimiento sindical tradicional y en general han estado más dispuestos a usar los tribunales como vehículos de cambio social. En algunos casos, este movimiento está compuesto de ‘izquierdistas’ que se van inclinando hacia ‘modelos más reformistas basados en los derechos’ (GARGARELLA, DOMINGO & ROUX, 2006) pero está igualmente integrado por organizaciones tradicionales de derechos civiles y políticos que han ido incorporando cada vez más los derechos sociales en su agenda.

Sin embargo, casos como el de Costa Rica arrojan dudas sobre el poder explicativo de esta tesis. Los litigios han proliferado en ausencia de una estructura significativa de apoyo para la movilización ante los tribunales (WILSON, 2009). En América Latina y Asia Meridional se han iniciado numerosas causas por demandas presentadas directamente por particulares y pequeñas comunidades que actúan por fuera de cualquier estructura de apoyo para la movilización ante la justicia. Así, el recurso a los tribunales como respuesta a violaciones de los derechos humanos, incluidos los DESC, no puede explicarse haciendo referencia a un único factor. Diversos Estados con garantías justiciables similares han seguido trayectorias distintas (LANGFORD, 2008b) y Gauri y Brinks (2008, p. 14) señalan el cálculo estratégico de los actores relevantes: “Los potenciales litigantes, por ejemplo, evalúan sus capacidades de acción legal y el posible beneficio de presentar, en cambio, una demanda en el ámbito político (o incluso de ir al mercado)”. Quienes deseen identificar los medios que puedan alentar la exigibilidad de los derechos sociales deben comprender los múltiples factores que han llevado a su éxito y fracaso. Obviamente, asegurar la inclusión de derechos constitucionales y exigibles y una sociedad civil bien financiada y organizada aumentará las probabilidades pero no será decisivo, y los siguientes dos factores parecen tener igual importancia.

El primero es la *configuración institucional* del sistema jurídico, en particular la disponibilidad de tribunales, sus procesos, la orientación de los jueces y la existencia de jurisprudencia en derechos civiles y políticos. Muchas víctimas de violaciones enfrentan serias dificultades simplemente para acceder a un tribunal. Éste es un

problema particularmente grave en zonas periféricas a los centros urbanos y en zonas rurales. Según un estudio realizado en Sudáfrica, sólo el 1 por ciento de los desalojos de residentes de zonas rurales siguió un procedimiento judicial a pesar de que la constitución exige una orden judicial para cualquier desalojo (SOCIAL SURVEY AFRICA, NKUZI DEVELOPMENT ASSOCIATION, 2005). Esta brecha en el acceso se agrava con la falta de asistencia legal² específica y asequible y la corrupción de la justicia. En Camboya, muchos han señalado la inutilidad de las estrategias judiciales debido a la corrupción sistémica del poder judicial. Sin embargo, cabe destacar que los defensores de derechos humanos actualmente están utilizando estrategias de litigio ante la aparente ausencia de otros recursos o estrategias alternativas.

Otras jurisdicciones se caracterizan por tener procedimientos judiciales complejos e inflexibles con una pesada carga de la prueba para los demandantes, una aversión a los mecanismos colectivos o de interés público o a los procedimientos innovadores de instrucción o remediales (COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, 2008). Algunos de estos problemas han sido abordados. Los tribunales de la India, Pakistán, Bangladesh, Sri Lanka y Nepal como así también los de Costa Rica y Colombia han desarrollado procedimientos de litigios de interés público que facilitan los reclamos individuales y colectivos; por ejemplo, pueden iniciarse causas con una simple presentación (hasta con una postal) y los tribunales desempeñan un papel procesal más activo. Las constituciones de Argentina, Hungría, Nigeria y otros países permiten acciones colectivas, mientras que la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado la práctica de agrupar causas que son similares si considera que se está dando una situación inconstitucional. Sin embargo, estos tribunales difieren en su capacidad de lidiar con la creciente carga de trabajo. Los tribunales de Colombia y Costa Rica se han desempeñado mejor que sus pares de la India en la tramitación de decenas de miles de causas, mientras que la Corte Suprema de Pakistán hizo más restrictivos sus procedimientos de admisibilidad como resultado de esta situación. La Comisión Internacional de Juristas (2008) también observa que en los sistemas de derecho continental, el Estado tiene ventajas procesales sobre los demandantes particulares. Otros argumentan que los sistemas tradicionales de derecho continental pueden estar mejor equipados que los del derecho anglosajón para proveer a los demandantes particulares una solución básica y urgente. Sin embargo, las órdenes de provisión de reparación inmediata pueden permitir a los tribunales hacer caso omiso de otros potenciales beneficiarios y de las limitaciones de recursos, lo que podría generar mayores dilemas éticos, legales e institucionales (HOFFMAN y BENTES, 2008), a menos que se cuente con procedimientos altamente desarrollados (véase ROACH, 2008).

La orientación o preferencias de los jueces son también decisivas. Algunos interpretan los DESC o los estándares relativos a estos derechos desde un enfoque teleológico, mientras otros han permanecido más 'conservadores', aun frente a derechos justiciables explícitos. Un tercer grupo de jueces simplemente parece desconocer la existencia de estándares y jurisprudencia en materia de derechos humanos. Estas diferencias a menudo se observan dentro de un mismo país; los jueces fuera de las zonas urbanas tienden a estar menos familiarizados con los

derechos humanos y suelen ser más conservadores. Esta orientación no es estática. En una causa pionera por derechos a la vivienda en Sudáfrica, el solicitante, abogado, envió con anticipación al domicilio particular del juez varios libros sobre el tema, lo que parece haber tenido algún efecto sobre la decisión final (SUDÁFRICA, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000)..Asimismo, el poder judicial a menudo procura mantener su legitimidad frente al Poder Ejecutivo, que suele tener el poder de designación, y se asegura de emitir fallos que puedan implementarse. Por lo tanto, las decisiones judiciales en algunos casos sólo pueden entenderse como parte de la interacción histórica más general entre los distintos órganos del Estado (ROUX, 2009). Esta variable de la cultura judicial también se ve afectada por concepciones más amplias acerca de la naturaleza y alcance de los derechos humanos. En los países en los que los DESC no fueron parte de la mitología fundante de la constitución (lo que afecta en particular a las constituciones anteriores a 1980), estos discursos sociales más amplios juegan un rol en el ámbito de decisión de los tribunales.

Otro factor institucional relevante parece ser la existencia de jurisprudencia en derechos civiles y políticos. Es más probable que los tribunales que se sienten cómodos con el razonamiento jurídico y aplicación general de los derechos humanos extiendan el razonamiento al ámbito de los DESC. Los derechos civiles y políticos bien protegidos también ayudan a crear algunas de las condiciones subyacentes para los litigios por derechos sociales, como la libertad de expresión, procedimientos judiciales efectivos y cierto grado de atención a la efectividad de los remedios. Sin embargo, también puede ocurrir lo contrario. Morka (2003) señala que los litigios por los DESC en Nigeria durante los años de la dictadura eran más aceptables que las causas por derechos civiles y políticos (MORKA, 2003, p. 113). En China se observa en la actualidad un fenómeno similar (TANG, 2007).

Un último conjunto de variables explicativas se relaciona con *el nivel de efectividad de los derechos sociales y económicos* dentro del máximo de recursos de que disponga el Estado. La receptividad judicial de las demandas por derechos sociales, en particular los positivos, en general está condicionada por pruebas elocuentes de falta de cumplimiento por parte del Estado o privados. El sufrimiento inhumano frente a la negativa del Estado a cumplir su propia legislación y políticas ha dado lugar a gran parte de la jurisprudencia innovadora en países como Sudáfrica, Estados Unidos, India y Colombia, pero puede ser una de las razones por las que los litigios han sido poco frecuentes en un Estado como Noruega. Como observan paradójicamente Gauri y Brinks, en el ámbito de los derechos sociales y económicos, los tribunales a menudo actúan como “actores pro-mayoritarios” en el sentido de que “sus acciones achican la brecha entre las creencias sociales ampliamente compartidas y las preferencias políticas incompletas o embrionarias por parte de los gobiernos, o entre el comportamiento de las empresas privadas y los compromisos políticos expresados” (GAURI Y BRINKS, 2008, p. 28). Por lo tanto, los litigios que abordan el incumplimiento sistémico y de larga data pueden tener más probabilidades de éxito cuando ha habido una ineptitud política clara. Una explicación distinta aunque complementaria sería que en los países con muy altos niveles de desigualdad social estructural resulta muy difícil para los grupos e individuos marginados hacer un

uso efectivo de los mecanismos de representación. En tales circunstancias, si los tribunales conservan un alto grado de independencia, es menos probable que sean excesivamente condescendientes a ejecutivos y legislaturas elitistas o mayoritarios.

3 Logros legales sustantivos y remediales y barreras conceptuales

Si observamos la jurisprudencia misma, podríamos notar que uno de sus primeros 'logros' ha sido que su peso acumulado ha contribuido a derribar dos objeciones filosóficas de larga data a la justiciabilidad de los DESC. Tales objeciones fueron bien expresadas por Vierdag, que señaló, en forma un tanto circular, que: (1) *los DESC no eran derechos legales* ya que no eran inherentemente justiciables; y (2) *los DESC no eran justiciables* porque involucraban temas de *política y no de derecho*. Al exponer su tesis, daba el típico y consabido ejemplo: 'la aplicación de estas disposiciones [del PIDESC] es una cuestión política, no una cuestión de derecho' dado que un tribunal debe priorizar recursos 'dándole o quitándole a una persona un trabajo, una vivienda o la educación'. (VIERDAG, 1978, p. 69).

Estas críticas conceptuales tienen ahora menos peso. Comentaristas como Dennis y Stewart (2004, p.462) reconocen que la justiciabilidad es posible aun cuando a ellos personalmente no los entusiasme. Esto se debe a que muchos jueces han desestimado el primer argumento aduciendo que la inclusión de los DESC en declaraciones constitucionales de derechos y en el derecho internacional significa, *ipso facto*, que los derechos son legales. Como lo determinó un tribunal, "los derechos sociales y económicos están expresamente incluidos en la Declaración de Derechos; no se puede decir que existen sólo en papel... y los tribunales están obligados por la constitución a asegurar que los mismos sean protegidos y cumplidos". Al abordar la diferencia entre el derecho y la política expresada en la segunda objeción, muchos tribunales han trascendido consideraciones más abstractas para adoptar o adaptar principios legales existentes a casos particulares. La Corte Constitucional de Sudáfrica invocó así un enfoque gradualista clásico del derecho anglosajón y señaló en la causa *Grootboom*: 'La cuestión entonces no es si los derechos sociales y económicos son justiciables en virtud de nuestra constitución, sino cómo aplicarlos en un caso específico'. (SUDÁFRICA, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000).

Hay otras dos objeciones filosóficas y jurídicas que son más persistentes y presentan fundamentos para determinar los límites o la forma de la justiciabilidad de los DESC. La primera es la afirmación de que la justiciabilidad es *democráticamente ilegítima*, la cual no se limita necesariamente a los derechos sociales y económicos (WALDRON 2006; BELLAMY 2008). La revisión judicial de los derechos humanos, en particular la revocación de legislación, sigue siendo algo controvertido en algunos ámbitos. Los DESC tradicionalmente han sido considerados un problema adicional, dado que requieren que el Poder Legislativo y el Ejecutivo legislen o establezcan prioridades de gasto y políticas. Esta preocupación por las implicancias para la doctrina de la división de poderes, una de las preocupaciones democráticas, llevó a un tribunal a declarar que 'si los jueces tuvieran que emprender tales tareas, diseñando los detalles de las políticas en casos individuales o en general, y priorizando ciertas áreas

de política frente a otras, estarían yendo más allá de la función que les corresponde” (IRLANDA, *Sinnot*, Justice Hardimann, para. 375-377, 2001)³.

La idea de que la democracia se ve amenazada por la justiciabilidad de los derechos humanos ha sido ampliamente debatida en la ciencia política y en la teoría del derecho. Pueden encontrarse algunos argumentos en contra de esta objeción en FABRE, 2000; GARGARELLA, 2006; BILCHITZ, 2007. Estos argumentos a menudo abrevan en la teoría democrática tradicional (por ej., que la revisión judicial de los derechos sociales complementa a la democracia parlamentaria tomando en cuenta a las minorías y permite a ciudadanos y residentes participar efectivamente en el proceso democrático mediante un adecuado acceso a la educación, la alimentación, etc.), presentan argumentos sustantivos (por ej., los DESC deben ser protegidos como derechos fundamentales al igual que los derechos civiles y políticos) o procuran destacar el papel específicamente legal o deliberativo del Poder Judicial (su función de rendición de cuentas y no de formulación de política y su capacidad de brindar un foro para que las personas interactúen con el Estado respecto de los derechos fundamentales en forma más considerada). Estas consideraciones suelen aparecer en la jurisprudencia, aunque con resultados diversos. La Corte Federal de Suiza justificó en parte su derivación de un derecho a la subsistencia mínima de una serie de derechos civiles y políticos con argumentos democráticos y sustantivos: “La garantía de la satisfacción de necesidades humanas elementales como el alimento, la vestimenta y el abrigo, es la condición para la existencia y desarrollo humanos como tales. Es al mismo tiempo un componente indispensable de un sistema de gobierno constitucional y democrático” (SUIZA, *V. vs. Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons*, para. 2(b), 1995). Y estableció límites jurídicos acotados, declarando que intervendría únicamente si primero se demuestra que el Estado ha incumplido su deber de proveer un nivel mínimo de asistencia social para un adecuado nivel de vida de todas las personas que residan en su territorio (SUIZA, *V. vs. Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons*, para. 2(b), 1995).

La segunda objeción persistente es *institucional* y dice que los jueces no están capacitados para esta tarea ya que no sólo carecen de los necesarios conocimientos específicos e información sobre cuestiones económicas y sociales sino que además no están en posición de resolver las consideraciones políticas en puja y las consecuencias que surgirían de sus decisiones. Éstas son, por supuesto, limitaciones reales. Pero puede decirse que son en gran parte relativas y no absolutas. Todas las áreas del derecho requieren cierto nivel de conocimientos específicos y las instituciones con facultades judiciales han respondido al desafío relativo a la falta de información utilizando órganos especializados, peritos y presentaciones *amicus curiae*, un fenómeno que ha sido adoptado en el marco de las acciones de justiciabilidad de los DESC. Scott y Macklem (1992) tratan este problema desde una perspectiva positiva argumentando que la justiciabilidad de los derechos sociales desempeña una función valiosa al poner en el dominio público información que en general puede no estar disponible para la legislatura: violaciones concretas de derechos, en particular de grupos marginados. Horowitz (1977) señala que este argumento en parte pierde fuerza por el hecho de que los tribunales también tienden a mirar hacia atrás, en el sentido de que usan precedentes como evidencia existente.

El desafío aparentemente real es el dilema ‘policéntrico’, como lo llamó Lon Fuller (1979), quien argumentó que el Poder Judicial no puede y no debe ocuparse de situaciones que tengan repercusiones complejas más allá de las partes y los hechos frente al tribunal. Quienes critican la justiciabilidad de los derechos sociales en general temen que un fallo en virtud del cual se otorgan más fondos para la vivienda, por ejemplo, ponga en peligro el financiamiento de la salud o la policía (VIERDAG, 1978). El problema de este argumento es que prácticamente todas las áreas de la justiciabilidad implican cuestiones policéntricas (KING, 2008). Sin embargo, esta objeción ha llevado a innovaciones judiciales y no al activismo o a la resignación. La primera es el uso de principios legales claramente definidos como la razonabilidad, o la adaptación del procedimiento y los remedios. (CHAYES, 1976; ROACH, 2008). Por ejemplo, la orden de la Corte Suprema de Canadá en la causa *Eldridge c. British Columbia*, relativa a la provisión de servicios de interpretación a pacientes sordos en los hospitales, estableció que: “Una sentencia declarativa, a diferencia de alguna medida de tipo cautelar, es el remedio adecuado en este caso ya que el gobierno tiene incontables opciones que pueden rectificar la inconstitucionalidad del sistema actual. No le corresponde a esta Corte dictaminar cómo ha de lograrse esto’ (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997).

3.1 Eliminación y limitación de derechos

En algunas jurisdicciones, la mayoría de las causas por DESC han sido reflejo de los reclamos tradicionales por derechos civiles y políticos. Esto se ha dado en demandas de larga data por derechos laborales en relación con la libertad sindical y despidos injustos, aunque los tribunales cada vez más han ido revisando la legislación en esta área. En la causa *Aquino*, la Corte Suprema de Argentina revocó una ley de 1995 que restringía fuertemente las indemnizaciones por accidentes laborales con el argumento de que era violatoria de toda una serie de normas internacionales, incluido el PIDESC (ARGENTINA, *Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. slaccidentes ley 9688*, 2004). Más recientemente, ha habido un aumento significativo de causas relacionadas con la denegación del acceso a la atención de la salud, educación y seguridad social, desalojos forzosos y eliminación de servicios básicos o interferencia con el ejercicio de los derechos culturales, en particular de pueblos indígenas (véase panorama general en LANGFORD, 2008b). En muchos casos, los tribunales están exigiendo tanto justificación sustantiva como debido proceso antes de que se vean afectados intereses sociales y económicos vitales. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia detuvo la explotación de recursos naturales en territorios indígenas por violaciones de los derechos de los pueblos indígenas a los territorios ancestrales, así como también de los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la identidad cultural (SEPÚLVEDA, 2008, p. 158). Algunas causas han tenido superposiciones directas con los derechos civiles y políticos. La Corte Suprema de Bangladesh (BANGLADESH, *Bangladesh Society for the Enforcement of Human Rights and Others vs. Government of Bangladesh and Others*, 2000) dictaminó que el desalojo forzoso de una gran cantidad de trabajadoras del sexo y sus hijos violaba su derecho a la vida, que incluía el derecho al sustento y el derecho a la protección contra el desalojo.

Si bien estas causas pueden parecer conceptualmente claras, es de notar que desafían intereses poderosos en términos de la autoridad del Estado y la expectativa económica. El resultado es que la jurisprudencia no siempre es coherente. El caso de la *Represa de Narmada* en la India es un buen ejemplo de la reticencia del tribunal a dar efectividad a su propio fallo en el que ordenaba una indemnización o la provisión de un medio de sustento alternativo para los desplazados (INDIA, *Narmada Bachao Andolan vs. Union of India*, 2000). La jurisprudencia también parece estar afectada por otros dos factores. En primer lugar, las características del demandante. Si las violaciones afectan a grupos considerados ilegales en virtud de la legislación nacional –por ejemplo, personas que viven y trabajan en la economía informal–, la respuesta de la justicia en algunos países a veces puede ser menos favorable, mientras que en otros puede ocurrir lo contrario si la justicia y la sociedad consideran que el grupo en cuestión tiene una mayor necesidad de protección. En segundo lugar, y esto se relaciona con el primer factor, resulta notable que en aquellos países en los que los DESC están explícitamente incorporados a la constitución, las órdenes emitidas suelen ser más firmes. En la jurisprudencia de Asia Meridional, el alojamiento alternativo en el caso de los desalojos forzosos a menudo se formula como una recomendación remedial (INDIA, *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation*, 1985), pero en una serie de causas en Sudáfrica, donde el derecho a la vivienda y a la protección contra el desalojo forzoso está reconocido en la constitución, los tribunales han exigido mayor justificación para los desalojos y la creación de situación de calle (SUDÁFRICA, *Port Elizabeth vs. Various Occupiers*, 2004b): “En términos generales, sin embargo, un tribunal debería ser reticente a ordenar el desalojo de ocupantes relativamente asentados a menos que tenga conocimiento de la disponibilidad de una alternativa razonable, aunque sea una medida provisoria pendiente del acceso definitivo a la vivienda en el programa habitacional formal”. Por lo tanto, la estrategia de litigio deberá tener en cuenta el equilibrio de poder, el derecho y las normas morales imperantes que pueden influir sobre las clases medias y los poderes judiciales conservadores.

Estas pruebas sustantivas y procesales también están siendo adoptadas para proteger no sólo los activos, recursos, posiciones y espacio de organización de personas, comunidades y asociaciones, sino también el mantenimiento de programas y servicios gubernamentales. A nivel internacional, el desmantelamiento de programas o servicios sociales es considerado como una ‘medida regresiva’ y requiere consideración explícita de los recursos disponibles de un Estado además de otras consideraciones sustantivas y procesales (NACIONES UNIDAS, 1990). En Portugal, la decisión del gobierno de eliminar el Servicio Nacional de Salud y aumentar la edad para acceder a una renta mínima de inserción fue considerada una medida regresiva violatoria del derecho a la salud y a la seguridad social respectivamente (PORTUGAL, *Decision (Acórdão) nº39/84*, 1984a; *Decision (Acórdão) nº 509/2002*, 1984b). Sin embargo, estos casos no son muchos y es importante explorar por qué: ¿el problema es contar con ‘pruebas suficientes en un período de tiempo corto y a menudo muy cargado políticamente? ¿Es más probable que los tribunales tengan para con los gobiernos mucha deferencia si se dice que un país ha entrado en recesión, por ejemplo, o necesita adoptar un nuevo

modelo económico? ¿O es que los defensores de derechos recién están entrando en este ámbito? Pensemos en el creativo argumento del caso de Sudáfrica *Mahlangu c. Departamento de Desarrollo Social* en el cual los actores argumentaron que la negativa a extender subvenciones a la infancia a las personas de 15-18 años violaba el principio de realización progresiva.

3.2 Limitación del poder de los actores privados

Los litigios por los DESC están cada vez más relacionados con las acciones de los actores no estatales: desde empresas multinacionales⁴ hasta los nuevos proveedores de servicios bajo la forma de asociaciones público-privadas así como a través de miembros de la familia y líderes tradicionales. Si bien el marco jurídico de los derechos humanos está obviamente muy centrado en el Estado, algunas constituciones y leyes permiten la presentación de demandas directamente contra los actores privados, mientras que algunos órganos con facultades judiciales se han concentrado en la función de protección que tiene el Estado. En relación con lo primero, muchos casos tienen que ver con el derecho al trabajo, donde el papel de los actores privados es significativo en economías de mercado. La Corte Constitucional de Colombia dictaminó que un empleador estaba violando el derecho al trabajo al haber despedido a un empleado luego de que su análisis de VIH diera positivo y ordenó el pago de una indemnización (COLOMBIA, *SU-256*, 1996). En la causa *Slaight Communications*, la Corte Suprema de Canadá sostuvo que la decisión de un árbitro laboral privado debe respetar la Carta Canadiense, que debe interpretarse en la mayor medida posible tomando en consideración los derechos contenidos en el PIDESC (CANADÁ, *Slaight Communications Inc. vs. Davidson*, 1989). En la causa *Vishaka c. Estado de Rajasthan*, sobre acoso sexual en el lugar de trabajo, la justicia de la India recurrió a la CEDAW para desarrollar directrices que permanecerían vigentes hasta que el Parlamento sancionara una ley adecuada (INDIA, *Vishaka and others vs. State of Rajasthan and others*, 1997).

En cuanto a la segunda forma, la obligación de proteger, podemos mencionar ejemplos como la primera demanda que dirimió el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En *A.T. c. Hungría* (NACIONES UNIDAS, 2003), el Comité hizo extensas recomendaciones en un caso sobre violencia doméstica incluyendo la reforma de la legislación y la provisión de servicios de apoyo sociales y habitacionales. En el caso *Comunidades Indígenas Maya*, la Comisión Interamericana determinó que Belice había violado los derechos a la igualdad y a la propiedad de poblaciones mayas al otorgar concesiones de desmonte y explotación minera sin su consentimiento y sin ningún proceso de consulta (CIDH, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District vs. Belize*, 2005). En *Tatad c. Secretario del Departamento de Energía*, la Corte Suprema de Filipinas revocó una ley de desregulación que habría permitido que las tres principales empresas petroleras no tuvieran que pedir permiso a la autoridad reguladora para aumentar los precios. Invocando el derecho a la electricidad, la Corte advirtió que un aumento en los precios del petróleo amenazaría con ‘multiplicar la cantidad de personas con la espalda encorvada y una lata en la mano para la limosna’ y declaró que no podía

‘eludir su deber de revocar una ley que ofende a la constitución’ a pesar de que dicha ley constituyera una ‘decisión económica del Congreso’ (FILIPINAS, *Tatad vs. Secretary of the Department of Energy*, 1997). La Corte señaló también la forma en que el gobierno podría lograr el mismo resultado mediante una enmienda legislativa, algo que hizo de inmediato.

Sin embargo, existen numerosos obstáculos en este ámbito. En primer lugar, los litigios horizontales tienden a ser contractuales y a estar basados en la legislación de daños, lo que puede ser suficiente, pero sólo en pocas ocasiones se usan las normas de los DESC establecidas en la constitución o en las leyes (por ej., la ley de discriminación) para asegurar que tales leyes o principios siempre protejan los derechos humanos. En segundo lugar, los procesos de privatización parecen ser cuestionados con una frecuencia menor a la que podría imaginarse, aunque ahora se pueden señalar casos en Egipto y Sri Lanka en los que se detuvo la privatización de los servicios de salud y de agua como consecuencia, en parte, del impacto de decisiones judiciales (ARGENTINA, *Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. slaccidentes ley 9688*, 2004). Esto puede deberse a la velocidad y la reserva con la que se desarrollan estos procesos y las dificultades que presenta la preparación de argumentos sustantivos. Dado que los derechos humanos por lo general son considerados neutrales respecto de la elección del sistema económico, hacen falta pruebas que demuestren que la privatización va a afectar derechos económicos y sociales, lo que en general se consigue después de concretados los hechos. No obstante, algunos movimientos e incluso gobiernos han hecho un uso más laxo de argumentos más creativos basados en la obligación de proteger con el fin de impedir la privatización litigando por estándares mínimos que hagan que la provisión con fines de lucro resulte difícil (ARGENTINA, *Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. slaccidentes ley 9688*, 2004) o cuestionando el proceso con argumentos relacionados con la participación u otras objeciones procesales. (SUDÁFRICA, *Nkonkobe Municipality vs. Water Services South Africa (PTY) Ltd & Ors*, 2001b).

En tercer lugar, las órdenes remediales pueden ser más difíciles de elaborar. En Sudáfrica, los desalojos por parte de los propietarios son cada vez más cuestionados con el argumento de que violan el derecho a la vivienda, pero los actores privados argumentan que no se está respetando su derecho a la propiedad y que las obligaciones respecto del derecho a la vivienda recaen sobre el Estado. La solución a la que se está recurriendo con mayor frecuencia consiste en incluir al gobierno como tercero de modo de obligarlo a explicar los avances en su programa habitacional y a brindar alojamiento alternativo en caso de desalojo (SUDÁFRICA, *Blue Moonlight Properties 39 Pty (Ltd) vs. The Occupiers of Saratoga Avenue and the City of Johannesburg*, 2008) o, como ocurrió en un caso, pagarle una indemnización al dueño de la propiedad (SUDÁFRICA, *President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Other*, 2005b). Cuarto, la protección de los derechos humanos no siempre se extiende si las leyes limitan las obligaciones a los actores públicos. Por ejemplo, la prueba para determinar si un proveedor privado es una autoridad pública en el Reino Unido y por lo tanto queda encuadrado dentro de la Human Rights Act ha sido interpretada en forma conservadora (REINO UNIDO, *Donoghue vs. Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd*, 2002a). No obstante,

en la causa *Eldridge* en Canadá, la Corte determinó que los hospitales, aunque sean no gubernamentales, eran proveedores de servicios de salud financiados con fondos públicos y ofrecían un programa integral de salud en nombre del gobierno, y por lo tanto estaban obligados a respetar el derecho a la igualdad establecido en la Carta Canadiense (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997).

3.3 Imposición del deber de los Estados de adoptar medidas para dar efectividad a los derechos

Como ya se dijo, el hecho de que los tribunales de justicia les ordenen a los Estados u otros actores adoptar medidas positivas se encuentra en el centro del debate sobre la justiciabilidad de los DESC. La jurisprudencia emergente contiene toda una serie de respuestas prácticas a estos dilemas, que son reflejo, en gran medida, de la tendencia en derechos civiles y políticos de imponer obligaciones positivas (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Airey vs. Ireland*, 1979). En términos generales, muchos jueces tienden a exigir el cumplimiento de las dos obligaciones estatales clave identificadas en la Observación General No. 3 del Comité DESC (NACIONES UNIDAS, 1990)⁵. o de alguna de ellas. Éstas son la obligación de *adoptar medidas* adecuadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos dentro de los recursos de que disponga y la obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos *niveles esenciales* de cada derecho, recayendo sobre el Estado la obligación de presentar pruebas en el caso de argumentar que esto no puede lograrse por falta de recursos.

Colombia es un ejemplo de una jurisdicción que adoptó y exigió el cumplimiento de ambas obligaciones. La Corte Constitucional ha reconocido que las obligaciones respecto de los DESC son de índole progresiva (COLOMBIA, *SU-111/97*, 1997) pero ha hecho hincapié en que el Estado, como mínimo, ‘debe elaborar y adoptar un plan de acción para la satisfacción de los derechos’ (COLOMBIA, *T-595/02*, 2002; *T-025/04*, 2004). Del mismo modo, y con mucha mayor frecuencia, la Corte junto con los tribunales inferiores, recurre a la Acción de Tutela para la satisfacción inmediata de ‘las condiciones mínimas para la vida digna’ de un individuo, que se basa en el derecho a la vida, la dignidad y la seguridad, con una conexión cada vez mayor con los DESC. Este enfoque dualista es evidente en Finlandia, donde las autoridades han sido reprobadas por *no adoptar suficientes medidas* para asegurar el trabajo para una persona en busca de empleo y por *no proveer de inmediato* servicio de cuidado de niños para una familia (FINLANDIA, *Employment Act Case*, 1997; *Child-Care Services Case*, 1999; *Medical Aids Case*, 2000)⁶. Los tribunales del estado de Nueva York anularon la política de financiamiento escolar con el argumento de que no brinda una educación adecuada y determinaron ‘la obligación positiva del estado’ de brindar prestaciones de seguridad social a toda persona considerada indigente según el ‘estándar de necesidad’ del estado (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, *Tucker vs. Toia*, 1997).

Otros tribunales han seguido sólo uno de estos caminos. La Corte Constitucional de Sudáfrica ha optado sólo por lo primero, utilizando el parámetro

de la razonabilidad, y rechazó la idea de la obligación mínima de asegurar la satisfacción inmediata de un nivel esencial de los derechos (BILCHITZ, 2002, p. 484, BILCHITZ, 2003, p. 1, LIEBENBERG, 2005, p. 73). Los máximos tribunales de Hungría y Suiza han adoptado la postura opuesta. Se han negado a hacer cualquier tipo de examen acerca de si el gobierno ha adoptado medidas suficientes para dar efectividad a los derechos sociales establecidos en la constitución (el primero simplemente ha requerido la existencia tal ley o programa (HUNGRÍA, *Decision 772/B/1990/AB*, 1991)) y en cambio se fijan solamente si se satisface un nivel esencial del derecho (HUNGRÍA, *Decision 32/1998 (VI.25) AB*; *Decision No. 42/2000*). Es interesante mencionar que este enfoque de una obligación mínima es particularmente evidente en jurisdicciones donde los intereses sociales están protegidos judicialmente a través de los derechos civiles y que han abrevado en la doctrina alemana de un *Existenzminimum* (HUNGRÍA, *Case No. 42/2000 (XI.8)*, 2000; ALEMANIA, *BverfGE 40, 121 (133)*, 1975; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Five Pensioners' Case vs. Peru*, 2003; SUIZA, *V. vs. Einwohnergemeine X und Regierungsrat des Kantons Bern*, 1995).

En la mayoría de las jurisdicciones, las preocupaciones acerca de la legitimidad democrática y la competencia institucional parecen determinar muchas de las decisiones judiciales. En algunos casos, los tribunales usan estos conceptos para desarrollar una doctrina aparentemente coherente que pueda aplicarse en distintos casos. Este es el caso de los tribunales de Colombia y Sudáfrica que utilizan distintos conjuntos de criterios para sus respectivos tests. Al mismo tiempo, también es posible observar el uso arbitrario que los tribunales hacen de estas preocupaciones para desestimar casos difíciles y evitar dar cuenta adecuadamente de las obligaciones pertinentes y establecer su aplicación en un caso particular. (COURTIS, 2008, p. 175). Es así que suele resultar difícil predecir dónde un tribunal va a trazar la línea, en particular en causas que implican asignación de recursos. Sin embargo, la jurisprudencia sugiere que las Cortes tienden a intervenir en las causas de acuerdo con (1) la *gravedad* de los efectos de la violación; (2) la *precisión* de la obligación del gobierno; (3) la *contribución* del gobierno a la violación; y (4) la capacidad del gobierno de *hacer cumplir* la orden judicial en términos de recursos (LANGFORD, 2005, p. 89).

Es también importante reconocer que algunas de las medidas requeridas pueden simplemente implicar el reconocimiento de derechos subyacentes, como exigirle al Estado que reconozca y proteja los derechos a la tenencia de la tierra o al trabajo. (EIDE, 1995, p. 89). La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que Nicaragua había violado el derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos al no sancionar legislación ni asegurarse de que las tierras de los pueblos indígenas estuvieran demarcadas y escrituradas (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tinga v. Nicaragua*, 2001; COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, *ICJ v. Portugal*, 1999; CANADA, *Dunmore vs. Ontario (Attorney General)*, 2001a). En el caso *Vishaka*, al que se hizo referencia anteriormente, la Corte Suprema de la India emitió directrices vinculantes sobre el acoso sexual.

(INDIA, *Vishaka and others vs. State of Rajasthan and others*, 1997). Sin embargo, es poco frecuente que los tribunales nacionales emitan órdenes de amplio alcance que exijan el reconocimiento positivo de derechos subyacentes dado que les preocupa estar entrometiéndose en el ámbito de la formulación de políticas correspondiente a la legislatura. En muchos casos, el reconocimiento positivo tiende a ser más específico respecto de un contexto particular, por ejemplo, el reconocimiento del derecho de las comunidades marginadas a la tenencia de la tierra. Incluso una Corte como la Corte Constitucional de Hungría no ha hecho uso de la autoridad específica que tiene de determinar el ‘incumplimiento de la obligación de legislar’. No obstante, los tribunales de India y Colombia no han dudado en emitir órdenes de largo alcance en los casos en los que han encontrado violaciones sistemáticas.

3.4 Derecho a la igualdad

La invocación del derecho a la igualdad en el ámbito de los DESC tiene una larga trayectoria en causas como *Brown c. Junta Educativa* (ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, *Brown vs. Board of Education*, 1954) y en la legislación anti-discriminación. En otras jurisdicciones, el fenómeno es más reciente. La jurisprudencia cubre una amplia gama de factores que no pueden ser motivo de discriminación en el reconocimiento de los derechos que incluye no sólo las características expresamente mencionadas en instrumentos internacionales (es decir, raza y color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica, nacimiento) sino también otros como edad, discapacidad, nacionalidad, orientación sexual⁷. Por ejemplo, la Cámara de Apelaciones de Versalles, Francia, anuló una disposición de un acuerdo colectivo entre los trabajadores y la patronal con el argumento de que prohibía la contratación de personas de más de 35 años de edad (FRANCIA, *Recueil Dalloz*, 1985). Existe, por supuesto, el peligro, como lo sugiere implícitamente el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de poner demasiado énfasis en encontrar los motivos específicos de los que se sospecha, en lugar de considerar la arbitrariedad de la clasificación (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Karel Des Fours Walderode vs. the Czech Republic*, 2001). El uso de ‘comparadores’ en muchos tribunales nacionales puede no siempre ser adecuado en el caso de los DESC y pueden ser particularmente difíciles de encontrar en casos de segregación estructural de grupos diferentes o discriminación de las mujeres por motivos de embarazo.

La mayoría de los casos han estado relacionados con la discriminación directa pero existen varios en los que se determinó la existencia de discriminación indirecta por motivos prohibidos (JAYAWICKRAMA, 2002). Los tribunales de Bulgaria, por ejemplo, han determinado que el hecho de que los niños romaníes asistieran en su mayoría a escuelas para niños con discapacidades constituía discriminación racial (EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE, 2005) y la Corte Europea de Derechos Humanos determinó lo mismo respecto de la República Checa (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *D.H. and Others vs. Czech Republic*, 2008). En la causa *Kearney c. Bramlea Ltd*, el uso del criterio de nivel de ingresos para evaluar a candidatos a locatarios de propiedades fue declarado injustificado (en

base al argumento de que no se tenía en cuenta la verdadera voluntad y capacidad de pago de la persona en cuestión) y se determinó que constituía discriminación por varios motivos, incluidos raza, sexo, estado civil, edad y recepción de asistencia pública, ya que afectaba desproporcionadamente a ciertos grupos (CANADÁ, *Shelter Corporation vs. Ontario Human Rights Commission*, 2001b).

La pregunta acerca de si los derechos o garantías de igualdad son de índole sustantiva y contienen obligaciones positivas de eliminar la discriminación ha llamado la atención de algunos tribunales. En Pakistán, la Corte Suprema ha enunciado dicho principio con bastante audacia en un período de florecimiento de los litigios de interés público. En *Fazal Jan c. Roshua Din*, la Corte determinó que el derecho constitucional a la igualdad impone obligaciones positivas a todos los órganos del Estado, que deben tomar medidas activas para proteger los intereses de las mujeres y los niños (PAQUISTÁN, *Fazal Jan vs. Roshua Din*, 1990). En Canadá, la Corte Suprema rechazó los argumentos del gobierno provincial de British Columbia que sostenía que el derecho a la igualdad no exigía que los gobiernos asignaran recursos a la salud para resolver situaciones preexistentes de desventaja de determinados grupos como los sordos y personas con dificultades de audición (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997, para. 87). Los tribunales brasileños han determinado que el derecho de los niños a la salud exige un mayor nivel de priorización y que “incluir a un niño o adolescente en una lista de espera para atender a otros equivale a legalizar la más violenta agresión al principio de igualdad” (BRASIL, *Resp 577836*, 2003). Sin embargo, otros tribunales, por ejemplo en Sudáfrica y Hungría, han sido menos receptivos a la idea de priorizar los derechos de los niños en el ámbito socio-económico.

Un dilema constante es si las instituciones con facultades judiciales pueden ‘igualar hacia abajo’ para alcanzar la igualdad respecto del interés o los derechos sociales. En Canadá, la Corte Suprema emitió órdenes de reparación positiva en causas por derechos de igualdad, extendiendo o aumentando la asistencia social, los beneficios previsionales y la seguridad de la tenencia, pero no ha descartado la posibilidad de igualar para abajo. En *Khosa c. Ministerio de Desarrollo Social*, (SUDÁFRICA, 2004a), la Corte Constitucional de Sudáfrica adoptó una fórmula para igualar hacia arriba e incluir a los residentes permanentes en los programas de asistencia social. Sin embargo, la Corte señaló que la presencia del derecho a la seguridad social en la constitución fue un factor en la consideración de la falta de razonabilidad de la exclusión de los residentes permanentes, algo que no se encuentra en todas las constituciones.

3.5 Logros en materia de remedios

Un logro significativo en este ámbito ha sido extender la posibilidad de otorgar remedios más allá de los remedios tradicionales basados en el derecho privado, como la compensación, la restitución y la declaración de invalidez o agravio. En esta materia, se observan varias tendencias. En primer lugar, algunos tribunales les han exigido a los Estados seguir un curso de acción para reparar un agravio, en ocasiones con poder de supervisión. En Argentina, los tribunales intervinieron

fuertemente para asegurar que las autoridades cumplieran con el plan y presupuesto de provisión de vacunas contra la fiebre hemorrágica argentina, que constituía una amenaza para 3.500.000 habitantes (FAIRSTEIN, 2005; ARGENTINA, *Viceconte, Mariela vs. Estado nacional - Ministerio de Salud y Acción Social slamparo ley 16.986*, 1998). A partir de un análisis de la jurisprudencia emergente, Roach y Budlender (2005) sostienen que los tribunales tienden a tomar estas medidas cuando las autoridades u otros responsables *no están dispuestos o no son capaces* de cumplir las órdenes. En muchos sentidos, las innovadoras órdenes remediales que emitió la Corte Suprema de Estados Unidos en la causa *Brown c. Junta Educativa II*, relativas a la eliminación de la segregación racial en las escuelas (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, 1955) han sido reconocidas como precursoras de este nuevo espacio en materia de remedios (CHAYES, 1976, p. 1281).

En segundo lugar, se han desarrollado remedios más ‘dialoguistas’ y ‘provisorios’. Un ejemplo es el mayor uso de una declaración de invalidez *retardada* a través de la cual los tribunales determinan que ha habido una violación pero retardan el efecto de la orden para darle al gobierno tiempo de encontrar la forma de reparar el defecto de la legislación o política en cuestión (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997).. La Corte Suprema de Nepal en la causa *Mira Dhungana c. Ministerio de Derecho* se negó a declarar la inconstitucionalidad de una ley que le daba a un hijo una parte de la propiedad de su padre a partir de su nacimiento pero no hacía lo mismo con la hija (por lo menos hasta que ella cumpliera 35 años y siempre que permaneciera soltera), y en cambio le exigió al Estado que en un plazo de un año revisara la legislación luego de consultar a las partes interesadas, incluso a las organizaciones de mujeres. Este aspecto dialoguista se evidencia también en el mayor uso que hacen los tribunales (y mucho antes, los organismos internacionales) del procedimiento judicial como un espacio de diálogo con las partes, lo que incluye instarlas a que encuentren soluciones antes de emitir un fallo (SUDÁFRICA, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others*, 2008). Otra estrategia utilizada es la elaboración de recomendaciones. Por ejemplo, los tribunales de India y Bangladesh en ocasiones han adoptado este enfoque en lugar de emitir órdenes de provisión de alojamiento alternativo en el caso de los desalojos forzosos, aunque fueron sin embargo criticados por privar a los demandantes de un remedio efectivo en la práctica (BANGLADESH, *Aino Salish Kendra and others (ASK) vs. Government and Bangladesh and others*, 2001). Los órganos con facultades judiciales que han adoptado un doble enfoque al momento de decidir sobre remedios han demostrado ser más hábiles. En causas relativas a los derechos a la salud ambiental y la alimentación, la Corte Suprema de la India ha emitido una serie de órdenes continuas y provisorias antes de llegar a una orden final. Por ejemplo, se obligó a las autoridades a informar sobre el cumplimiento de las órdenes que el tribunal había emitido para que se extendieran y se implementaran con eficiencia esquemas de raciones de alimentos (INDIA, *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India*, 2001; INDIA, *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India*, 2004). El uso cuidadoso de las órdenes provisorias puede ser una forma de evitar la crítica que reciben las órdenes judiciales más sistemáticas en el sentido de que no les ofrecen nada a las víctimas en el corto plazo (ROACH, 2008, p. 46).

En tercer lugar, los defensores de los derechos han sido creativos y han promovido la emisión de órdenes complementarias tendientes a asegurar que los remedios se hagan efectivos. En Argentina, India y Sudáfrica, los defensores de derechos han usado instancias penales y sanciones por incumplimiento de deberes de funcionario público para asegurar el cumplimiento de los fallos (HEYWOOD, 2003, p. 7; SWART, 2005, p.215). En una causa en Sudáfrica, un juez ordenó el arresto de un ministro si la policía no restablecía un asentamiento informal dentro de las 24 horas posteriores a su desmantelamiento. En la India, la Corte Suprema amenazó con iniciar procedimientos de desacato si no se cumplía con un cronograma de conversión de vehículos para el uso de combustibles más limpios.

4 ¿Se han logrado impactos?

Una de las más fuertes objeciones a la justiciabilidad de los DESC es que no puede satisfacer la expectativa de lograr una justicia social individual y transformadora. Estas críticas instrumentales son de índole diversa y muchas se aplican también a los litigios de derechos civiles y políticos. Algunos señalan la debilidad de los tribunales para dar efectividad a sus decisiones, y cada jurisdicción parece tener por lo menos una causa notable que entra dentro de esta categoría. Otras críticas son de índole más política y señalan que la estrategia del litigio puede distraer la atención de la construcción de nuevas coaliciones para el cambio social y que las clases medias son más hábiles en el uso de los tribunales para dar efectividad a los DESC y logran mayores éxitos que las personas en situación de pobreza (BELLAMY, 2008; ROSENBERG, 1991). Determinar el impacto real del litigio en la práctica es un ejercicio complejo ya que depende del criterio elegido para juzgar el éxito, el aislamiento de distintas causas y la comparación con estrategias alternativas. Este desafío metodológico ha dado como resultado conclusiones enteramente diferentes para un mismo caso. Rosenberg (1991) medía el impacto de los fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos según la medida en que satisfacían las expectativas expresadas en declaraciones públicas de los abogados antes de la causa, algo que Feeley (1992, p. 745) consideró irrazonable en base al argumento de que las verdaderas expectativas de los demandantes podían en realidad haber sido más modestas.

En respuesta a esta crítica, pueden decirse tres cosas. En primer lugar, surgen evidencias en el sentido de que muchos casos, aunque ciertamente no todos, han tenido impactos directos e indirectos, como sentar precedentes judiciales, influenciar el desarrollo de legislación y políticas, catalizar movimientos sociales y crear conciencia, e incluso cuando el fallo ha sido desfavorable puede haber servido para demostrar la falta de protección legal (LANGFORD; 2008b). En un estudio cuantitativo de cinco países en desarrollo, Gauri y Brinks (2008) quedaron ‘impresionados por lo que pudieron lograr los tribunales’, diciendo, en síntesis, que ‘legalizar la demanda de derechos sociales y económicos podría haber evitado miles de muertes’ y ‘enriquecido la vida de millones de personas’. Ciertamente pueden encontrarse casos que avalen las críticas mencionadas. El reciente fallo *Chaoulli* en Canadá relativo al derecho de acceso a un seguro privado de salud es quizás un

ejemplo de eso. Asimismo, se nota una mayor prevalencia de órdenes positivas fuertes en causas cuyos beneficiarios pertenecen a la clase media. Sin embargo, es posible referirse a varios fallos que han sido desfavorables para los propietarios de clase media (SUDÁFRICA, *Minister of Public Works vs. Kyalami Ridge Environmental Association*, 2001; SUDÁFRICA, *Blue Moonlight Properties 39 Pty (Ltd) vs. The Occupiers of Saratoga Avenue and the City of Johannesburg*, 2008) o a otros que involucran amplias coaliciones de diferentes grupos, a menudo en el ámbito de la salud y la educación, donde la necesidad o la existencia de políticas universales ha contribuido a la formación de coaliciones.

Es importante señalar que no siempre es una orden judicial lo que genera un impacto. En algunos casos, es la amenaza de un litigio o el inicio de acciones judiciales lo que conduce a un cambio en una política o a un acuerdo. Es necesario incluir estos casos en la ecuación aunque no aparezcan en el registro formal. En el caso de Nigeria, donde el dictamen de una sentencia puede llevar años, Felix Morka (2005) afirma que los litigios por derechos sociales eran usados como herramienta de movilización de la comunidad y plataforma para establecer un contacto inicial y negociar con el gobierno y actores no estatales poderosos, como empresas petroleras multinacionales, con quienes de otro modo habría sido imposible dialogar.

En segundo lugar, al considerar el impacto, es necesario tener en cuenta las consecuencias no buscadas, tanto positivas como negativas. Los primeros casos de alto perfil en Argentina y Sudáfrica tuvieron una aplicación solo parcial pero representaron un significativo avance para el derecho y la cultura legal, sentando las bases para litigios más exitosos en el futuro. Otros resultados pueden ser negativos. Rosenberg (1991) señala la complacencia respecto de la incidencia en materia de políticas públicas que pueden generar los fallos judiciales exitosos, mientras que Williams (2005) y Scheingold (2005) observan la reacción adversa de grupos conservadores de Estados Unidos ante las estrategias progresivas de reclamo de efectividad de los derechos. Un exceso de derrotas para un gobierno también puede hacer que los tribunales se vuelvan más vulnerables a la presión política y a nombramientos judiciales favorables al ejecutivo, como lo demuestra la experiencia de Hungría.

Tercero, al pensar en el impacto, es necesario preguntarse dónde está la falla cuando no se detecta ningún impacto sustancial. ¿Se trata del litigio o del contexto? En otras palabras, al hacer una crítica del litigio, hace falta considerar si había otras estrategias alternativas disponibles, como la movilización, el ejercicio de presión, la negociación, o si el litigio era realmente el último recurso de las víctimas. ¿O puede culparse por un mal fallo al sistema de justicia, si los litigantes cometieron errores clave en sus estrategias judiciales y no judiciales?

5 Lecciones aprendidas acerca de la estrategia de litigio

El avance del litigio en DESC junto con sus éxitos y fracasos en la práctica, ha conducido a una mayor reflexión sobre las estrategias que pueden resultar más efectivas (véase CIJ, 2008; GARGARELLA, DOMINGO & ROUX, 2006 y LANGFORD, 2003). Podemos resumir algunas lecciones de la siguiente manera:

5.1 Estrategia de defensa más amplia – movimientos sociales y comunidades

Muchos consideran que es crucial la existencia de una actividad de ‘defensa más amplia’, en particular para los casos que involucran el interés público o grupos marginados. La movilización social, la organización comunitaria, las campañas mediáticas y de concientización y la presión política son considerados entonces como indispensables para lograr el éxito en los litigios. Esto genera un sentido de pertenencia en relación con la estrategia, brinda apoyo a la preparación de las pruebas, amplía la legitimidad del reclamo y ayuda a asegurar la aplicación de las órdenes o acuerdos alcanzados. Ha habido muchas movilizaciones de gran escala en torno a ciertos casos como los relativos a beneficios sociales en Hungría, el caso *TAC* en Sudáfrica y los de derecho a la educación en Kentucky, Texas y Nueva York. Sin embargo, algunos han logrado menos éxito aun siguiendo este modelo, como el caso de la represa Narmada en la India.

No obstante, es importante evitar el dogmatismo. Las campañas de alto perfil pueden ser menos útiles si los litigantes han sido víctimas de prejuicios muy arraigados en la comunidad. La reserva con que se manejan los procedimientos judiciales permite que esas personas reivindiquen sus derechos de forma más efectiva y que gobiernos indecisos deleguen en los tribunales la toma de decisiones poco populares. En otros casos, es posible observar movimientos sociales que han surgido de fallos exitosos, como el movimiento por el derecho a la alimentación en la India (MURALIDHAR, 2008).

Las estrategias de litigio exitosas también tienden a asignar un papel importante a los demandantes o víctimas, lo cual es crucial para el empoderamiento, que es sin duda un indicador de impacto en el largo plazo. En Canadá, el Comité sobre la Pobreza desarrolló un modelo de litigio responsable, según el cual el comité cuenta en su directorio con representantes de los sectores de bajos ingresos. En la India, un abogado, después de dos décadas de litigios de interés público, ahora se niega a tomar un caso a menos que haya una comunidad involucrada en forma directa. Sin embargo, los casos de gran escala pueden plantear dificultades específicas en la negociación con los clientes. Si bien en Estados Unidos, el Reino Unido y Australia los estudios jurídicos han desarrollado sistemas de gestión para este tipo de casos, la práctica es comparativamente poco frecuente.

5.2 Selección de casos y procedimientos

Muchos defensores aconsejan incorporar estrategias de largo plazo en la selección de los primeros casos. Por ejemplo, se sugiere que es conveniente comenzar con casos modestos antes que con casos más ambiciosos. Al mismo tiempo, los casos demasiado poco ambiciosos pueden anquilosar el desarrollo futuro del derecho. Hay tres categorías de selección de casos que tienden a ser exitosas en una primera etapa: los litigios que se inician a partir de reclamos que se asemejan a la tradicional defensa de derechos civiles y políticos, violaciones flagrantes o claros incumplimientos de los gobiernos de su obligación de implementar sus propios

programas; y reclamos modestos que dejan abierta la posibilidad de desarrollo futuro de la jurisprudencia. Un segundo grupo de decisiones gira en torno al tipo de procedimiento a ser utilizado, en particular cuando existe la posibilidad de iniciar acción tanto individual como colectiva. Algunos defensores y comentaristas advierten legítimamente en contra de las demandas colectivas dado que las ONG y los abogados pueden cooptar la estrategia de litigio (PORTER, 2004) o puede quedar eliminada la posibilidad de reparaciones internacionales dado que no se han agotado los recursos individuales (MELISH, 2006). Sin embargo, los procedimientos colectivos pueden ser particularmente útiles cuando las víctimas individuales temen o corren el riesgo de ser hostigadas por participar en la causa o cuando las víctimas se encuentran dispersas (FAIRSTEIN, 2005). Una solución posible, que se usa en algunas jurisdicciones, consiste en incluir entre los litigantes tanto a individuos como a organizaciones.

5.3 Argumentos jurídicos, fácticos y remediales

Los casos exitosos en general se caracterizan por una fuerte atención puesta en presentar argumentos legales de calidad. Sin embargo, los tipos de argumentos tienden a variar en forma considerable de una jurisdicción a otra y obviamente resulta difícil clasificarlos con precisión. Por ejemplo, los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia internacional y comparada han tenido considerable influencia en algunos países y menos en otros. Asimismo, algunos casos han logrado el éxito basándose en argumentos jurídicos bien acotados mientras que otros se han beneficiado más del uso de argumentos más ambiciosos y expansivos. No obstante, el hecho de que la base de datos de jurisprudencia de la Red-DESC, que contiene unos 100 casos, haya tenido 72.000 visitas en dos años es una muestra del fuerte y creciente interés que despierta la jurisprudencia comparada.

Las organizaciones y movimientos con visiones de más largo plazo tienden a no basarse únicamente en normas de derechos humanos sino que también dedican suficiente energía al desarrollo de legislación que pueda optimizar las estrategias legales. Por ejemplo, los grupos que trabajan en la defensa del derecho a la vivienda en Estados Unidos hicieron campaña a favor de una nueva ley federal que estableciera una serie de derechos específicos y concretos para las personas sin hogar. Esto fue seguido de litigios para asegurar la efectividad ante la falta de implementación de la legislación.⁸ Sin embargo, si bien este enfoque en general es ideal, incluso desde una perspectiva política, puede no ser siempre posible, en especial cuando los grupos son muy marginados o cuando hay poca voluntad política de implementar la legislación existente.

Algunos casos de DESC pueden presentar complejas dificultades probatorias. Un ejemplo notable es el caso *Kearney* en Canadá, en el que los defensores demostraron cuantitativamente que el criterio de ingreso mínimo para el mercado de alquileres se basaba en supuestos erróneos: la mayoría de los inquilinos de bajos ingresos podía en realidad afrontar alquileres más altos y mantener un bajo índice de morosidad aun frente a dificultades económicas. Así, estadísticas adecuadamente definidas y mensurables han sido, a veces, el

factor decisivo en alguna causa. Pero hay quienes están comenzando a plantear preocupaciones en el sentido de que los tribunales están poniendo demasiado énfasis en el desarrollo de pruebas cuantitativas.

Los defensores a menudo mencionan los remedios débiles o inadecuados como un obstáculo clave para la implementación de fallos favorables. A riesgo de decir lo obvio, cabe mencionar que la decisión de litigar debe ir acompañada de una cuidadosa estrategia remedial, que además debe ser un factor a considerar a la hora de organizar campañas y darle forma al caso. Aunque los tribunales parezcan dispuestos a proveer remedios que estén a la altura de las violaciones, la supervisión judicial de las órdenes puede ser crucial para garantizar su efectividad. Los fallos en casos relativos al medio ambiente en la India y a la segregación racial en las escuelas en Estados Unidos han tardado años en ser implementados, debiéndose recurrir constantemente a la justicia.

5.4 Preparación para el cumplimiento de los fallos

Una debilidad de muchas estrategias legales parece ser que no incluyen una adecuada preparación para asegurar la efectiva implementación de un acuerdo o fallo judicial favorable. Como se dijo anteriormente, una estrategia de defensa y movilización más amplia puede asegurar que haya voluntad y recursos financieros, humanos y técnicos ‘más allá de los abogados’ para el cumplimiento de los fallos. Los defensores a menudo observan que la implementación de la decisión puede requerir tanto o más trabajo que obtener una sentencia. También puede requerir habilidades que están más allá de los demandantes y las partes, como mediadores y trabajadores comunitarios. Los demandantes y sus abogados necesitan planificar desde el principio el seguimiento que deberá hacerse y contar con suficientes recursos para esta tarea.

6 Conclusión

Este relevamiento comparativo de la exigibilidad de los DESC revela un campo en transición entre su nacimiento y la madurez. Para muchos Estados del mundo, los litigios por los DESC siguen siendo una parte pequeña e insignificante del panorama de derechos humanos y de las campañas por la justicia social y de la jurisprudencia. Sin embargo, en un contexto de pobreza y desigualdad social, la combinación de un mayor conocimiento sobre derechos, la diseminación de estrategias de exigibilidad basadas en derechos humanos y la creciente independencia del poder judicial ha llevado al litigio en casos de DESC en países tan diversos como China, Egipto, Namibia y los Estados Unidos. En una minoría no despreciable de jurisdicciones, se está alcanzado un cierto nivel de madurez en la jurisprudencia y el debate sobre las estrategias de litigio adecuadas, aunque no haya uniformidad entre todos los actores, en particular respecto de la doctrina jurídica o la implementación de las decisiones.

Desde una perspectiva histórica, es de notar que muchos de los supuestos tradicionales en el sentido de que los DESC no son legales ni justiciables fueron

puestos en duda en poco tiempo. Los tribunales nacionales han dictado sentencias respecto de toda la gama de obligaciones de los Estados de dar efectividad a los DESC, desde la prevención del daño hasta el financiamiento para remediar la desigualdad y sentencias para garantizar el acceso a servicios esenciales y medicamentos. Esta jurisprudencia no está exenta de las objeciones en el sentido de que la justiciabilidad de los DESC es democráticamente ilegítima o está institucionalmente plagada de complejidades, pero ofrece un contexto más fundamentado para estos debates y su resolución judicial.

Es crucial que quienes deseen alentar el desarrollo del derecho y la práctica de la justiciabilidad de los DESC usen como base los desarrollos jurisprudenciales y las lecciones aprendidas a partir de los litigios exitosos. Significa dar a conocer muchos de los caminos de la justiciabilidad insuficientemente utilizados, emprender la larga lucha por mejorarlos en otros lugares, construir alianzas nacionales y transnacionales con diferentes grupos de derechos humanos, movimientos sociales y comunidades, y concentrarse en casos que sean concretos, vitales y que revelen un fracaso de la política. Hace falta sabiduría para evitar un uso excesivo o demasiado ambicioso del sistema judicial que desmovilice las posibilidades de acción política o desarrollo gradual de jurisprudencia, ejerciendo al mismo tiempo el derecho humano fundamental a un remedio efectivo y asegurando que los DESC se incorporen a la jurisprudencia y, por extensión, al espacio político y de políticas de los Estados-nación.

REFERENCIAS

- ACKERMAN, E. M. 2004. **Colección de análisis jurisprudencial: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley.
- ALBISA, C.; SCHULTZ, J. 2008. The United States: A Ragged Patchwork. In: LANGFORD, M. (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nueva York: Cambridge University Press, p. 230-249.
- ANNAN, A. 1988. Administrative Law in a Global Era: Progress, Deregulatory Change, and the Rise of the Administrative Presidency. **Cornell Law Review**, v. 73, p. 1108.
- ARANGO, R.; LEMAITRE, J. 2002. (Org.). **Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital: Constitutional Case Law on the Minimum Conditions for a Dignified Life**. Bogota: Ediciones Uniandes.
- BADERIN, M. 2007. **Economic Social and Cultural Rights in Action**. Oxford: OUP.
- BELLAMY, R. 2008. The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review. **European Political Science**, v. 7, n. 1, p. 9-20.

- BILCHITZ, D. 2002. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance. *South African Law Journal*, v. 119, p. 484-501.
- _____. 2003. Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence. *South African Journal of Human Rights*, v. 19, p. 1-2.
- _____. 2007. **Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**. Oxford: Oxford University Press.
- BYRNE, I.; HOSSAIN, S. 2008. South Asia: Economic and Social Rights Case Law of Bangladesh, Nepal, Pakistan and Sri Lanka. In: LANGFORD, M. (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nueva York: Cambridge University Press, p. 125-143.
- CERNIC, J. 2008. Corporate Responsibility for Human Rights: A Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. *Hanse Law Review*, v. 4, n. 1, p. 71-100.
- CHAYES, A. 1976. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1281-1316.
- CLARK, D.; FOX, J.; TREAKLE, K. (Org). 2003. **Demanding Accountability: Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel**. Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers.
- COOMANS, F. 2006. (Org). **Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems**. Antwerpen: Intersentia and Maastricht Centre for Human Rights.
- COURTIS, C. 2006. Socio-Economic Rights before the Courts in Argentina. In: COOMANS, F. (Org). **Justiciability of Economic and Social Rights**. Antwerpen: Intersentia, p. 309-354.
- _____. 2008. Argentina: Some promising signs. In: LANGFORD, M. (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nueva York: Cambridge University Press.
- CUNEO, I. 2005. The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American System. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 22, n. 1, p. 53-63.
- DENNIS, M.; 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*, v. 98, p. 462-515.
- DESAI, A.; MURALIDHAR, S. 2000. Public Interest Litigation: Potential and Problems. In: KIRPAL, B.N.; DESAI, A.; SUBRAMANIAM, G.; HAVAN, R.; RAMACHANDRAN, R. (Org.) **Supreme But Not Infallible: Essays in Honour of the Supreme Court of India**. Nueva Delhi: Oxford University Press, p. 159-192.
- DUGARD, J. 2006. Court of First Instance? Towards a Pro-poor Jurisdiction for the South African Constitutional Court. *South African Journal on Human Rights*, v. 22, n. 2, p. 261.

- DURBACH, A. 2008. The Right to Legal Aid in Social Rights Litigation. In: LANGFORD, M. (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nueva York: Cambridge University Press, p. 59-71.
- EIDE, A. 1995. The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food. In: _____; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (Org.). **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff, p. 89-105.
- EPP, C. 1998. **The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective**. Chicago: University of Chicago Press.
- EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE (ERRC). 2005. **Desegregation Court Victory: ERRC Prevails in Court against Bulgarian Ministry of Education on School Segregation of Roma**. Accesible en: www.errc.org. Visitado el: 1 enero. 2006.
- FABRE, C. 2000. **Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life**. Nueva York: Oxford University Press.
- FAIRSTEIN, C. 2005. Positive Remedies: The Argentinean Experience. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). **Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 139-151.
- FEELEY, M. 1992. Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors: Review of "The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?" by Gerald N. Rosenberg. **Law & Social Inquiry**, v. 17, n. 4, p. 745-760.
- FENWICK, C. 2008. **The International Labour Organisation: An Integrated Approach to Economic and Social Rights**. Ginebra: International Labour Organisation, p. 591-612.
- FREEMAN, C.; HEYDENREICH, C.; LILLYWHITE, S. 2000. **Guide to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises' Complaint Procedure: lessons from past NGO complaints**. OECD Watch. Disponible en: <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/533485>. Visitado el: 15 octubre 2008.
- FULLER, L. 1979. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, p. 353-409.
- GALOWITZ, P. 2006. Right to Legal Aid and Economic, Social and Cultural Rights Litigation. In: LANGFORD, M.; NOLAN, A. **Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Legal Practitioners Dossier (Revised)**. Ginebra: Centre on Housing Rights & Evictions.
- GARGARELLA, R. 2006. Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. In: _____; DOMINGO, P.; ROUX, T. (Eds.). **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**. Aldershot/Burlington: Ashgate, p. 13-34.
- _____. DOMINGO, P.; ROUX, T. (Eds.). 2006. **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**. Aldershot/Burlington: Ashgate.
- GAURI, V.; BRINKS, D. 2008. (Org.). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement**

- of Social and Economic Rights in the Developing World. Nueva York: Cambridge University Press.
- GLOPPEN, S. 2006. Courts and Social Transformation: An Analytical Framework. In: GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. (Org.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*. Aldershot/Burlington: Ashgate, p. 35-59.
- HEYWOOD, M. 2003. Contempt or compliance? The TAC case after the Constitutional Court judgment. *ESR Review*, v. 4, n. 4, p. 7-10.
- HOFFMAN, F.; BENTES, F. 2008. Accountability for Economic and Social Rights in Brazil. In: GAURI, V.; BRINKS, D. (Org.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 100-145.
- HOROWITZ, Donald. 1977. *The Courts and Social Policy*. Washington D.C.: Brookings Institution Press.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ). 2007. Kenyan and Swedish Sections. *Human rights Litigation and the domestication of human rights standards in Sub Saharan Africa: vol. 1*. Nairóbi: AHRAJ Case Book Series.
- _____. 2008. *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability* Ginebra: ICJ.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION (ILO). 1996. *Freedom of Association – Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. 5th ed. Ginebra: International Labour Organisation.
- JAYAWICKRAMA, J. 2002. *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- JOSEPH, S. 2008. Liability of Multinational Corporations. In: LANGFORD, M. (Org.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 613-627.
- KING, Jeff. 2008. The Pervasiveness of Polycentricity. *Public Law*, p. 101-124.
- KYRITSIS, D. 2006. Representation and Waldron's Objection to Judicial Review. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 733-751.
- LANGFORD, M. 2003. *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies*. Ginebra: Centre on Housing Rights & Evictions.
- _____. 2005. Judging Resource Availability. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 89-108.
- _____.; NOLAN, A. 2006. *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Legal Practitioners Dossier (Revised)*. Ginebra: Centre on Housing Rights & Evictions.
- _____. 2008a. Hungary: Social rights or market redivivus? In: _____. (Org.). *Social*

- Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law. Nueva York: Cambridge University Press, p. 250-266.
- _____. 2008b. Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory. In: _____. (Org). Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law. Nueva York: Cambridge University Press, p. 1-45.
- _____. 2009. Closing the Gap? An Introduction to the Optional Protocol. *Nordic Journal of Human Rights*, v. 27, n. 1 p. 1-28.
- LIEBENBERG, S. 2005. Enforcing Positive Social and Economic Rights Claims: The South African Model of Reasonableness Review. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 73 - 88.
- MAHON, C. 2008. Progress at the Front: The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Law Review*, v. 8, n. 4, p. 617-646.
- MELISH, T. 2006. Rethinking the 'Less as More' Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas. *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, v. 39, p. 1.
- MORKA, F. 2003. Entrevista. In: LANGFORD, M. 2003. *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies*. Ginebra: Centre on Housing Rights & Evictions., p. 113.
- MUBANGIZI J. 2006. The Constitutional Protection of Socio-Economic Rights in Selected African Countries: A Comparative Evaluation. *African Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 1, p. 1-19.
- MURALIDHAR, S. 2008. India: The expectations and challenges of judicial enforcement of social rights. In: LANGFORD, M (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 102-124.
- NACIONES UNIDAS. 1990. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 3: The Nature of States parties obligations. U.N. Doc. E/1991/23, annex III at 86.
- _____. 1998b. General Comment 9: The domestic application of the Covenant. U.N. Doc. E/C.12/1998/24, nineteenth session.
- _____. 2002. Conclusions and recommendations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland - Dependent Territories. U.N. Doc. E/C.12/1/Add.79 (2002). UN Doc.
- _____. 2005. Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: People's Republic of China (including Hong Kong and Macao). UN Doc. E/C.12/1/Add.107 (2005).
- _____. 2006. Concluding Observations: Canada. U.N. Doc. E/C.12/CAN/CO/4-E/C.12/CAN/CO/5 (2006), para. 40.

- _____. 2009. General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights. UN Doc. E/C.12/GC/20 (2009).
- NOLAN, A. 2008. Ireland: The separation of powers doctrine vs. socio-economic rights? In: LANGFORD, M. (Org.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 295-319.
- ODINDO, O. 2005. Litigation and Housing Rights in Kenya. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 155-166.
- PETERS, Y. 2005. Twenty Years of Litigating for Disability Equality Rights: Has it Made a Difference? An Assessment by the Council of Canadians with Disabilities. Disponible en <http://www.ccdonline.ca/publications/20yrs/20yrs.htm#IV>. Visitado el: 13 noviembre 2008.
- PETERSON, L. 2009. Human Rights and Bilateral Investment Treaties: Mapping the role of human rights law within investor-state arbitration. Montreal: Rights & Democracy.
- PIETERSE, M. 2007. Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship Revisited. *Human Rights Quarterly*, v. 29, n. 3, p. 796-822.
- PORTER, B. 2004. Homelessness, Human Rights, Litigation and Law Reform: A View from Canada. *Australian Journal for Human Rights*, v. 10, n. 2.
- _____. 2005. The Crisis of ESC Rights and Strategies for Addressing It. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 48-55.
- ROACH, K. 2008. The challenges of crafting remedies for violations of socio-economic rights. In: LANGFORD, M. (Org.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 46-58.
- _____; BUDLENDER, G. 2005. Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When is it Appropriate, Just and Equitable. *South African Law Journal*, v. 122, p. 325-351.
- ROSENBERG, G. 1991. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.
- ROUX, T. 2009. Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, p. 106-138.
- SADURSKI, W. 2005. *Rights before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer.
- SCHEINGOLD, S. 2004. *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Social Change*. Ann Arbor: the University of Michigan Press.
- SCOTT, C.; MACKLEM, P. 1992. *Constitutional Ropes of Sand or Justiciable*

- Guarantees: Social Rights in a New South African Constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141.
- SEPÚLVEDA, M. 2008. The Constitutional Court's role in addressing social injustice. In: LANGFORD, M (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 144-162.
- SHANKA; MEHTA, 2008. Courts and Socio-Economic Rights in India. In: GAURI, V.; BRINKS, D. 2008. (Org.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 146-182.
- SIMMONS, B. 2009. *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Nueva York: Cambridge University Press.
- SOCIAL SURVEYS AFRICA; NKUZI DEVELOPMENT ASSOCIATION. 2005. Summary of the Key Findings from the National Evictions Survey. Disponible en: http://www.sarpn.org.za/documents/d0001822/Nkuzi_Eviction_NES_2005.pdf. Visitado el: 15 octubre 2008.
- SUNSTEIN, C. 1993. Against Positive Rights: Why social and economic rights *don't* belong in the new constitutions of post-communist Europe. *East European Constitutional Review*, v. 2, Winter, p. 35-38.
- SWART, M. 2005. Left Out in the Cold? Crafting Constitutional Remedies for the Poorest of the Poor. *South African Journal of Human Rights*, v. 21, p. 215-240.
- TANG, L. 2007. "Half the Sky" but Not Half the Land: Women's Property Rights and Expropriation in Rural China. In *Brief, Hakijamii Bulletin*, no. 1, Sept.
- 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*, v. IX, p. 69-105.
- WALDRON, J. 2006. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346.
- WILLIAMS, L. 2005. Issues and Challenges in Addressing Poverty and Legal Rights: A Comparative United States/South African Analysis. *South African Journal of Human Rights*, v. 21, p. 436-472.
- WILSON, B. 2009. Rights Revolutions in Unlikely Places: Costa Rica and Colombia. *Journal of Politics in Latin America*, vol. 1, p. 59-85.
- YAMIN, A.; PARRA-VERA, O, 2000. How Do Courts Set Health Policy? The Case of the Colombian Constitutional Court. *PLoS Medicine*, v. 6, n. 2, p. 147-150.
- JURISPRUDENCIA**
- ALEMANIA. 1970. Federal Constitutional Court. **Klauss case. 30 BVERFGE I.**
- _____. 1972. Federal Constitutional Court. **Numerus Clausus I case. 33 BVerfGE 303.**
- _____. 1975. Federal Constitutional Court. **BVERFGE 40. 121 (133).**

- ARGENTINA. 1998. Federal Administrative Court. **Viceconte Mariela vs. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986**. 2 Jun.
- _____. 2004. Supreme Court. **Aquino, Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. s/ accidentes ley 9688**. 21 Sept.
- BANGLADESH. 2000. High Court. **Bangladesh Society for the Enforcement of Human Rights and Others vs. Government of Bangladesh and Others**. 53 DLR (2001) 1, decided on 14 Mar.
- _____. 2001. Supreme Court of Bangladesh. **Aino Salish Kendra and Others (ASK) vs. Government and Bangladesh and Others**. 19 BLD (1999) 488, decided on 29 Jul.
- BRASIL. 2003. Superior Court of Justice. Resp 577836.
- CANADA. 1989. Supreme Court. **Slaight Communications Inc. vs. Davidson**. [1989] 1 SCR 1038.
- _____. 1997. Supreme Court. **Eldridge vs. British Columbia**. (1997) 3 S.C.R. 324, decided on 20 Dec.
- _____. 1998. Ontario Human Rights Commission. **Kearney vs. Bramlea Ltd.** (1998) 34 CHRR D/1.
- _____. 2001a. Supreme Court. **Dunmore vs. Ontario (Attorney General)**. [2001] 3 SCR 1016, decided on 20 Dec.
- _____. 2001b. Supreme Court. **Shelter Corporation vs. Ontario Human Rights Commission**. (2001) 143 OAC 54.
- _____. 2005. Supreme Court. **Chaoulli vs. Quebec - Attorney General**. [2005] 1 SCR 791.
- COLOMBIA. 1996. Constitutional Court. SU-256.
- _____. 1997. Constitutional Court. SU-111/97.
- _____. 2002. Constitutional Court. T-595/02.
- _____. 2004. Constitutional Court. T-025/04.
- COMISION AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. 2001. **SERAC vs. Nigeria**. Communication No. 155/1996.
- _____. 2003. **Purohit and Moore vs. The Gambia**. Communication No. 241/2001.
- COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2005. **Maya Indigenous Communities of the Toledo District vs. Belize**. Report No. 40/04, Case 12.053, OEA/Ser.L/V/II.122, doc. 5 rev. 1.
- COMITE EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. 1999. **ICJ vs. Portugal**. No 1/1998.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. 1979. **Airey vs. Ireland**. (1979) 2 EHRR 305, decided on 9 Oct.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. **The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tinga vs. Nicaragua.** (Ser.C) No.79, Judgment on 31 Aug.

_____. 2003. H.R. **Five Pensioners' Case vs. Peru.** (Ser. C) No. 98, Judgment on Feb. 28.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 2004. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Israeli Occupied Territories.** ICJ Reports 136.

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. 1954. Supreme Court. **Brown vs. Board of Education.** 347 U.S. 483 (1954).

_____. 1955. Supreme Court. **Brown vs. Board of Education II.** 349 U.S. 294 (1955)

_____. 1977. New York Court of Appeals. **Tucker vs. Toia.** 43 N.Y.2d 1, 7 (1977).

_____. 1989a. Supreme Court of Texas. **Edgewood Independent School District vs. Kirby.** 777 S.W.2d 391 (Tex. 1989).

_____. 1989b. Supreme Court of Kentucky. **Rose vs. Council for Better Education.** 790 S.W.2d 186 (Ky. 1989).

FINLANDIA. 1997. Supreme Court of Finland. **Employment Act Case.** KKO 1997: 141, Yearbook of the Supreme Court.

_____. 1999. Helsinki Court of Appeals. **Child-Care Services Case.** Case No. S 98/225, 28 October.

_____. 2000. Supreme Administrative Court. **Medical Aids Case.** No. 3118, 27 Nov.

FRANCIA. 1985. Court of Appeal of Versailles. **Recueil Dalloz.** (1985), 421.

HUNGRIA. 1991. Constitutional Court. **Decision 772/B/1990/AB.** ABH 1991, 519 at 520.

_____. 1998. Constitutional Court. **Decision 32/1998** (VI.25)

_____. 2000. Constitutional Court. **Decision 42/2000** (XI.8).

INDIA. 1980. Supreme Court. **Municipal Council Ratlam vs. Vardhichand and others.** AIR 1980 SC 1622.

_____. 1984. Supreme Court. **Bandhua Mukti Morcha vs. Union of India.** AIR 1984 SC 802.

_____. 1985. Supreme Court. **Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation.** (1985) 3 SCC 545.

_____. 1997. Supreme Court. **Vishaka and others vs. State of Rajasthan and others.** (1997) 6 SCC 241.

_____. 1998. Supreme Court. **M.C. Mehta vs. Union of India.** (1998) 6 SCC 63.

_____. 2001. Supreme Court. **People's Union for Civil Liberties vs. Union of India.** (2001) 5 SCALE 303.

_____. 2004. Supreme Court. **People's Union for Civil Liberties vs. Union of India.** (2004) 8 SCALE 759.

- _____. 2000. Supreme Court. **Narmada Bachao Andolan vs. Union of India**. (2000) 10 SCC 664.
- IRLANDA. 1989. High Court. **O'Reilly** [1989] I.L.R.M. 181, p. 194.
- _____. 2001. Supreme Court. **Sinnot** [2001] 2 IR 545.
- NACIONES UNIDAS. 2001. Human Rights Committee. **Karel Des Fours Walderode vs. the Czech Republic**. (Communication No. 747/1997), Views of 30 October 2001, paragraph 8.3.
- _____. 2003. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. **A.T. vs. Hungary**. 2/2003.
- NEPAL. 1995. **Mira Dhungana vs. Ministry of Law, Justice and Parliamentary Affairs**. 4 S. Ct. Bull 1 (Fagun 1-15, 2052).
- NIGERIA. 2005. High Court. **Gbemre vs. Shell Petroelum & Others**. Suit No. FHC/B/C/53/05, Decision of 14 Nov.
- PAQUISTAN. 1990. Supreme Court. **Fazal Jan vs. Roshua Din**. PLD 1990 SC 661.
- FILIPINAS. 1997. Supreme Court. **Tatad vs. Secretary of the Department of Energy**. G. R. No. 124360, 5 Nov.
- PORTUGAL. 1984a. PORTUGUESE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL. **Decision (Acórdão) nº39/84**. April 11.
- _____. 1984b. PORTUGUESE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL. **Decision (Acórdão) nº 509/2002**.
- REINO UNIDO. 2002a. Court of Appeal. **Donoghue vs. Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd**. [2002] 3 WLR 183.
- _____. 2002b. Court of Appeal. **R(H) vs. Leonard Cheschire Foundation (A Charity)**. [2002] EWCA Civ 266.
- _____. 2008. **D.H. and Others vs. the Czech Republic**. App. No. 57325/00, 47 EUR. H.R. REP. 3 (2008).
- SUDAFRICA. 1997. **Soobramoney vs. Minister of Health**. KwaZulu-Natal, 1997 (12) BCLR 1696.
- _____. 2000. Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others. 2000 (11) BCLR 1169 (CC).
- _____. 2001a. **Minister of Public Works vs. Kyalami Ridge Environmental Association**. 2001 (7) BCLR 652 (CC).
- _____. 2001b. **Nkonkobe Municipality vs. Water Services South Africa (PTY) Ltd & Ors**, Case No. 1277/2001 (unreported).
- _____. 2002. **Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others** (1) 2002 10 BCLR.

- _____. 2004a. **Khosa vs. Minister of Social Development, Mahlaule vs. Minister of Social Development.** 2004 (6) BCLR 569 (CC).
- _____. 2004b. **Port Elizabeth vs. Various Occupiers.** 2004 (12) BCLR 1268 (CC).
- _____. 2005a. High Court. **Florence Mahlangu vs. The Minister For Social Development.** Case No. 25754/05 (decisión pendiente).
- _____. 2005b. **Jaftha vs. Schoeman and others, Van Rooyen vs. Stoltz and others.** 2005 (1) BCLR 78 (CC).
- _____. 2005c. **President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others.** 2005 (8) BCLR 786 (CC).
- _____. 2008. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others.** Case CCT 24/07 [2008] ZACC 1.
- _____. 2008. High Court of Johannesburg. **Blue Moonlight Properties 39 Pty (Ltd) vs. The Occupiers of Saratoga Avenue and the City of Johannesburg.** Unreported judgment of 12 Sept.
- _____. 2009. **City of Johannesburg and Others vs. Lindiwe Mazibuko and Others Case.** No 489/08 [2009] ZA SCA 20, Decision of 25 Mar.
- SUIZA. 1995. Federal Court of Switzerland. **V vs. Einwohnerngemeine X und Regierungsrat des Kantons Bern.** BGE/ATF 121 I 367, 27 Oct.

NOTES

1. Por ejemplo, en *Gbemre vs. Shell Petroelum and Others* (NIGERIA, 2005) la Corte Suprema de Nigeria citó los hallazgos de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en *SERAC vs. Nigeria* y ordenó la suspensión de las explosiones de gas realizadas por las compañías de petróleo, argumentando que violaba el derecho a la vida y a la dignidad de la comunidad Iwherekan (incluyendo el derecho a un medioambiente sano).
2. Si bien ha habido un reconocimiento creciente de la asistencia jurídica gratuita como un derecho humano en el campo de los derechos ESC (GALOWITZ, 2006; DURBACH, 2008), su implementación es más bien aleatoria. Aunque algunos países hayan adoptado políticas de asesoría legal que incluyen casos no-penales, estas no siempre han tenido un financiamiento estable.
3. Sin embargo la sentencia de la Corte, ha sido recientemente suavizada (NOLAN, 2008).
4. El cuestionamiento en el ámbito interno de las actividades de las grandes corporaciones transnacionales ha tenido cierto éxito mientras que el litigio transnacional (demandar una multinacional en el Estado de su sede) ha llevado a muchos arreglos, pero no a decisiones judiciales. (JOSEPH, 2008).
5. Aunque la diferencia entre ellos no es fácil de discernir (FINLANDIA, Child-Care Services Case, 1999).
6. Para encontrar resúmenes en inglés de una gran variedad de casos, acceder a <www.nordichumanrights.net/tema/tema3/caselaw/>.
7. Esta tendencia es también evidente en la jurisprudencia internacional en el campo de "otros estatus" (NACIONES UNIDAS, 2009).
8. Ver http://www.nlchp.org/about_us.cfm. Visitado el: 19 octubre 2009.

ABSTRACT

Viewed in historical perspective, the recent rise of economic, social and cultural (ESC) rights in comparative legal jurisprudence and litigation strategy is remarkable. From a small number of jurisdictions to countries in all regions and legal systems of the world, there has been both a broadening and deepening of domestic judicial enforcement of these rights. While this enterprise casts some doubt on traditional presumptions concerning the non-justiciability of ESC, there remain a number of conceptual, instrumental and empirical questions. This paper seeks to provide an overview of the underlying causes of this socio-legal development, the nature and content of the emerging jurisprudence, the empirical evidence and debates around impact, lessons learned in effective litigation strategy and concludes with some thoughts on how the field could be developed.

KEYWORDS

Social rights – Justiciability – Impact – Litigation Strategy

RESUMO

Do ponto de vista histórico, pode-se considerar notável a importância recentemente adquirida pelos direitos econômicos, sociais e culturais (ESC) na jurisprudência comparada e nas estratégias de litígio. Vislumbra-se hoje um processo, ao mesmo tempo, de ampliação e aprofundamento da exigibilidade destes direitos perante tribunais nacionais, o que, embora antes tenha se restringido a uma parcela pequena de jurisdições, hoje pode ser constatado em diversos países de todas as regiões e sistemas jurídicos do mundo. Embora esta tendência nos leve a duvidar de pressupostos tradicionais acerca da não-justiciabilidade dos direitos ESC, ainda restam certas questões conceituais, instrumentais e empíricas a serem respondidas. Este artigo procura apresentar uma visão geral sobre as causas para estas mudanças de cunho socio-jurídico, sobre a natureza e o conteúdo da crescente jurisprudência acerca deste tema, sobre evidências empíricas e discussões referentes ao impacto desta jurisprudência, bem como sobre lições aprendidas a partir de estratégias efetivas de litígio. Por fim, conclui com sugestões para que se possa avançar nesta seara futuramente.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Sociais – Justiciabilidade – Impacto – Litígio Estratégico