
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La protección judicial de los derechos sociales

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría
Editores



Néstor Arbo Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929, Fax: 2469914
www.minjustica-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593) 2 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Tatiana Hidalgo Rueda
Nicole Pérez Ruales

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Esther Almeida Silva
Jacqueline Carrera Ojeda
Christel Drapier
Sergio Rubio

Corrector de estilo:

Miguel Romero Flores (09 010-3518)

ISBN: 978-9978-92-751-9

Derechos de autor: 031982

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: octubre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica</i> , Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>José Manuel Hermida</i> , Coordinador Residente del sistema ONU en Ecuador	
Introducción	xiii
I. Conceptos generales	
Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales	3
<i>Victor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”	31
<i>Gerardo Pisarello</i>	
Eficacia de la Constitución y derechos sociales, esbozo de algunos problemas	55
<i>Miguel Carbonell</i>	
II. Derechos específicos	
El derecho a la alimentación como derecho justiciable	91
<i>Christian Courtis</i>	
La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos	117
<i>Christian Courtis</i>	
El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU	173
<i>Miguel Carbonell</i>	
Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda	191
<i>Christian Courtis</i>	

III. Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias.....	203
<i>Víctor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de de Brasil de 1988	241
<i>Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo</i>	
La jurisdicción social de la tutela en Colombia.....	301
<i>Rodolfo Arango Rivadeneira</i>	
Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia	321
<i>César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco</i>	
El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina.....	375
<i>Diego López Medina</i>	
Los derechos económicos, sociales y culturales en Costa Rica	417
<i>Carlos Rafael Urquilla Bonilla</i>	
Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	451
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
El experimento de Sudáfrica con los derechos socio económicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?	479
<i>Danie Brand</i>	

IV. La protección judicial de los derechos sociales en Ecuador

Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano	543
<i>Ramiro Avila Santamaría</i>	
Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección	577
<i>Carolina Silva Portero</i>	
La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana	617
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	

Nota biográfica de los autores y autoras.....	679
---	-----

El experimento de Sudáfrica con los derechos socioeconómicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?¹

Danie Brand

Introducción. 1. Los derechos socioeconómicos justiciables en Sudáfrica, una breve descripción. 1.1. El marco constitucional. 1.2. Los casos. 1.2.1. La obligación de respetar los derechos socioeconómicos. 1.2.2. El deber de proteger los derechos socioeconómicos. 1.2.3. El deber de cumplir con los derechos socioeconómicos. 2. Evaluando la experiencia sudafricana. 2.1. Separación de poderes. 2.2. Legitimidad constitucional. 2.3. Políticas progresistas. 3. Conclusión.

Introducción

La Constitución de Sudáfrica de 1996, a menudo despierta el interés internacional porque ésta contiene en su declaración de derechos una gama de derechos socioeconómicos –derecho a la tierra, vivienda, atención en salud, alimentación, agua, asistencia social y educación– junto a la tradicional lista de derechos civiles y políticos². Esto, en sí mismo, no es lo significativo. Mu-

1 Traducción María Verónica Arteaga Molina.

2 Las referencias a “la Constitución” son de la Constitución de la República de Sudáfrica, 1996. Esta constitución fue precedida por la Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 200 de 1993, en los términos de la cual se manejó la transición del *apartheid* y sobre los cuales se redactó la Constitución de 1996.

chas otras constituciones hacen lo mismo³. La combinación de tres factores adicionales hace de la Constitución sudafricana un ejemplo interesante.

Primero, los derechos socioeconómicos contenidos en ella son justiciables: pueden fundamentar una demanda que se presente ante las cortes; las cortes pueden juzgar un conflicto sobre su base y pueden dictar órdenes para hacerlos cumplir. Esto distingue el ejemplo sudafricano de otras constituciones en las cuales los derechos socioeconómicos se incluyen solamente como directrices interpretativas o directrices para generar políticas⁴. Segundo, los derechos socioeconómicos en la Constitución sudafricana imponen, explícitamente al Estado, obligaciones afirmativas a fin de que éste tome las medidas necesarias para asegurar que las viviendas sean proporcionadas a quienes no tienen vivienda, los alimentos sean provistos a los hambrientos y las tierras sean entregadas a quienes no las poseen. Esto los distingue de muchas otras jurisdicciones en las cuales los derechos socioeconómicos funcionan solamente como garantías procesales negativas, protegiendo el acceso existente a los recursos básicos⁵. Tercero, las cortes sudafricanas han sido notablemente activas en su interpretación y aplicación de los derechos socioeconómicos desde el inicio de la Constitución. Esto ha significado el desarrollo en Sudáfrica de un cuerpo de jurisprudencia en materia de derechos socioeconómicos que es probablemente más extenso y más variado que en cualquier otro lugar del mundo⁶.

3 Véase, en general, F. Coomans (editor), *Justiciability of economic and social rights* (Justiciabilidad de los derechos económicos y sociales), 2006. Para ejemplos de constituciones subnacionales con estos derechos, véase H. Herskoff "Positive rights and state constitutions: The limits of federal rationality review" (Los derechos positivos y las constituciones estatales: Los límites de la revisión de la racionalidad federal), 1999, 112 *Harvard Law Review* (Revista Harvard Law Review) 1132.

4 Véase por ejemplo, E. De Wet "Can the social state principle in Germany guide state action in South Africa in the field of social and economic rights?" (¿Puede el principal estado social en el Alemania guiar la acción estatal en Sudáfrica en el campo de los derechos sociales y económicos?), 1995, 11 *South African Journal on Human Rights* (Periódico de Sudáfrica sobre Derechos Humanos) 30.

5 Véase, con respecto al ejemplo de Estados Unidos, L. A. Williams, 'Welfare and legal entitlements: The social roots of poverty' (Estado de bienestar y prerrogativas legales: Las raíces sociales de la pobreza), en D. Kairys (editor) *The politics of law: A progressive critique* (Las políticas del derecho: Una crítica progresista), 1998, tercera edición, p. 569.

6 Otra jurisdicción donde las cortes han sido también activas, es Colombia. Para discusión véase R. Uprimny Yepes, 'Should courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitu-

En el presente artículo describo (en la sección 1) y evalúo (en la sección 2) este experimento sudafricano relativo a los derechos socioeconómicos constitucionales justiciables y explícitamente afirmativos. Con este propósito, retomo el debate que existió durante la elaboración de la constitución sudafricana, que al mismo tiempo se discutía internacionalmente, en relación al acierto de incluir en una Constitución dichos derechos socioeconómicos justiciables y afirmativos⁷. Recojo los principales argumentos que se han planteado en oposición a la idea: argumentos que cuestionan la capacidad institucional y la legitimidad democrática de las cortes para decidir los asuntos policéntricos de la política social y económica, de demandas basadas en estos derechos afirmativos, que inevitablemente aumentarán⁸; argumentos que cuestionan la capacidad de las cortes para hacer realidad las promesas de acceso a los recursos que los derechos socioeconómicos justiciables presentarían⁹; y progresivamente argumentos democráticos que advierten que dar a

tional Court' (¿Deben las cortes hacer cumplir los derechos sociales? La experiencia de la Corte Constitucional Colombiana), en F. Coomans (editor), *Justiciability of economic and social rights. Experiences from domestic systems* (Justiciabilidad de los derechos económicos y sociales. Experiencias de los sistemas nacionales), 2006, p. 355. Con respecto al ejemplo de Argentina, véase C. Courtis, 'Socio-economic rights before the courts in Argentina' (Los derechos socioeconómicos frente a las cortes en Argentina), en el mismo volumen, p. 309.

- 7 Para tener una idea de los términos de este debate tal como fue planteado en Sudáfrica, véase las múltiples contribuciones de la edición especial del *South African Journal on Human Rights* (Periódico de Sudáfrica de Derechos Humanos) sobre derechos socioeconómicos justiciables, 1992, p. 8. Para una recapitulación reciente de las diferentes posiciones en el debate internacional, véase las múltiples contribuciones contenidas en Y. Ghai & J. Cottrell (editores), *Economic, social and cultural rights in practice. The role of judges in implementing economic, social and cultural rights* (Los derechos económicos, sociales y culturales en la práctica. El rol de los jueces en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales), en particular A. An-Na'im 'To affirm the full human rights standing of economic, social and cultural rights' (Afirmar la completa categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos humanos), pp. 7-16. También Y. Ghai & J. Cottrell, 'The role of courts in the protection of economic, social and cultural rights' (El rol de las cortes en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales), p. 58.
- 8 F. I. Michelman, 'The constitution, social rights, and liberal political justification' (La constitución, los derechos sociales y la justificación política liberal), 2003, 1 *International Journal of Constitutional Law* (Periódico Internacional de Derecho Constitucional), pp. 13, 15.
- 9 Dennis Davis, 'The case against the inclusion of socio-economic demands in a bill of rights except as directive principles' (El caso contra la inclusión de las demandas de derechos socioeconómicos en la carta de derechos excepto como principios directivos), 1992, 8 *South African Journal on Human Rights* (Periódico de Sudáfrica de Derechos Humanos), pp. 475, 484-485.

las cortes la facultad de decidir sobre casos relacionados con derechos socioeconómicos, podría frenar la acción social, empobreciendo la vida política y, en última instancia, causando estragos en las luchas por la justicia social¹⁰, y pongo a prueba el progreso realizado en Sudáfrica frente a cada uno de estos argumentos.

1. Los derechos socioeconómicos justiciables en Sudáfrica, una breve descripción

1.1. El marco constitucional

La Constitución de Sudáfrica contiene los siguientes derechos socioeconómicos:

- La sección 25(5) requiere que el Estado permita a los ciudadanos tener acceso equitativo a la tierra.
- La sección 26 establece para todas las personas, el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada y prohíbe los desalojos arbitrarios.
- La sección 27 garantiza el derecho de todas las personas a tener acceso a servicios de atención en salud, alimentos y agua suficiente y seguridad social y asistencia, y prohíbe la denegación de tratamiento médico de emergencia.
- Las secciones 28 (1)(b) y (c) afianzan los derechos de las niñas y niños a la familia, el cuidado parental o alternativo, el derecho a alojamiento y a nutrición básica, servicios sociales y servicios de atención en salud.
- La sección 29 establece el derecho de todas las personas a la educación básica y a la segunda enseñanza.
- Por último, las secciones 35(2)(e) y (f) garantizan el derecho de toda persona detenida a contar con nutrición adecuada, alojamiento, atención médica y material de lectura a cargo del Estado, y a ser visitada por alguien que practique la medicina, a su elección.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 488-490. Un cuarto grupo de argumentos también formó parte del debate, al cual no me referiré en este artículo. La idea de que los derechos socioeconómicos no poseen estándares legales justiciables, de acuerdo con los cuales las Cortes puedan hacer las clases de evaluaciones que ellas debieran hacer en casos relacionados con derechos socioeconómicos.

Más interesante que la mera presencia de estos derechos en la Constitución es la forma en la que éstos han sido incluidos. Tres factores se combinan para aumentar el potencial de controversias justiciables, basadas en derechos socioeconómicos, para llegar a las cortes y a ser resueltas en su jurisdicción, es decir, para mejorar la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos en la Constitución de Sudáfrica. Primero, como se señala en la introducción, todos estos derechos imponen obligaciones positivas y negativas al Estado. Es decir, permiten a los titulares del derecho ser protegidos contra la interferencia del Estado y de personas particulares, en su eficaz acceso a la vivienda, a la atención en salud, a la alimentación, al agua o a cualquier otro recurso fundamental que esté en juego; y, les permiten ser provistos con el acceso a tales recursos en donde actualmente las personas no gozan de los mismos. Esto se evidencia en la sección 7(2) de la Constitución, que sostiene que el Estado debe *'respetar, proteger, promover y cumplir'* todos los derechos contenidos en la declaración de derechos, lo cual también se muestra de forma clara en la formulación de la mayoría de los derechos socioeconómicos en sí mismos. Por ejemplo, la sección 26(1), derecho a tener acceso a una vivienda adecuada, impone en la sección 27(2) al Estado la obligación de tomar *'medidas razonables, legislativas y de otro tipo, dentro de sus recursos disponibles'*, para lograr su *'realización progresiva'*, como lo hacen los derechos de toda persona a tener acceso a servicios de atención en salud, a alimentación y agua suficiente y a asistencia social, el derecho de los ciudadanos a tener acceso equitativo a la tierra y el derecho de toda persona a la segunda enseñanza. En términos prácticos, esto significa que una gama relativamente amplia de problemas socioeconómicos o conflictos, puede ser convertida en controversias legales capaces de ser resueltas judicialmente, por ejemplo, los pobres no sólo pueden recurrir a las cortes para su protección cuando el Estado trata de expropiar sus tierras, sino también cuando personas particulares lo intentan; ellos, no sólo pueden utilizar los derechos socioeconómicos para prevenir que sus viviendas les sean arrebatadas, también pueden hacer uso de estos derechos ante las cortes para obligar al Estado a proveerles de vivienda cuando no la tienen.

En segundo lugar, la Constitución de Sudáfrica confiere a las cortes poderes amplios y variados para hacer frente a posibles conflictos sobre la base de los derechos socioeconómicos. Evidentemente, la Constitución faculta a

las cortes a otorgar decisiones basadas en los derechos socioeconómicos, por medio del canal ordinario de la revisión constitucional directa. La Constitución faculta a las cortes para evaluar las normas de la *ley* –ya sea del derecho común o estatutario– frente a derechos socioeconómicos constitucionales. Si una Corte considera que una norma estatutaria es incompatible con algún derecho constitucional socioeconómico, aquella podrá invalidarla, y entonces se podrá dejar al legislativo la tarea de remediar la inconstitucionalidad o de interpretar el estatuto con el mismo fin. Si una Corte considera que una norma de derecho común es incompatible con un derecho constitucional socioeconómico, esta empleará su poder inherente para desarrollar el derecho común para cambiar esa norma o desarrollar nuevas normas a fin de que la posición del derecho común sea consistente con el derecho constitucional en cuestión.

Las cortes podrán también evaluar la *conducta* del Estado –al menos en principio– o la *conducta* de los particulares, que vaya contra los derechos socioeconómicos constitucionales. Si una Corte considera que la conducta del Estado es incompatible con algún derecho socioeconómico constitucional, dicha conducta será simplemente considerada nula y la corte deberá encontrar un recurso constitucional para reivindicar el derecho en cuestión. En el caso de la conducta de particulares, la corte tratará de encontrar un recurso legal, en el derecho común existente o en la ley estatutaria, que pueda ser adaptado para reivindicar el derecho en cuestión, y en ausencia de tal recurso, se desarrollará el derecho común a fin de proporcionarlo.

Pero las cortes también están autorizadas a aplicar los derechos socioeconómicos indirectamente cuando emplean, desarrollan o interpretan el derecho vigente. Las cortes sudafricanas están obligadas por la Constitución a hacerlo, cuando realizan la interpretación o aplicación de las normas del derecho común o leyes estatutarias existentes, en el curso de procesos ordinarios y litigios no constitucionales, de manera que se aplique el ‘espíritu, propósito y objetivos’ de la declaración de derechos; esto significa que también deben interpretar, aplicar y desarrollar la legislación vigente de un modo acorde con los valores, reforzando y dando impulso a los derechos socioeconómicos constitucionales. Los derechos socioeconómicos pueden, en otras palabras, no sólo ser utilizados directamente como la base jurídica para llevar una controversia a las cortes. También pueden ser invocados en el desarrollo de pro-

cesos ordinarios, en el esquema tradicional del litigio –digamos, como una disputa contractual o una denuncia penal–, en el desarrollo de procesos ordinarios de impugnación, en el esquema tradicional de creación de normas legales que operan en contra del espíritu, propósitos y objetivos de los derechos socioeconómicos. Si esto sucede, las cortes están obligadas a interpretar las normas (si son normas estatutarias) o a desarrollar las normas (si son normas de derecho común), para concordarlas con los derechos socioeconómicos y, posteriormente, están obligadas a resolver las controversias fundamentales sobre la base de las normas recientemente conceptualizadas.

Por último, las cortes pueden, por supuesto, no sólo hacer cumplir los derechos socioeconómicos a nivel constitucional, sino también en un segundo nivel ya que estos derechos han sido definidos por el poder legislativo o el ejecutivo y la administración estatal. Diferentes legislaturas de Sudáfrica, han promulgado una amplia gama de leyes que, de diferentes maneras, dan efecto a los derechos socioeconómicos. Además de crear instituciones y procesos para la aplicación de los *derechos socioeconómicos*, estas leyes establecen derechos socioeconómicos estatutarios, ejecutables por medio de las cortes. Ejemplos evidentes de esto, son las prerrogativas legales subjetivas de determinadas personas sobre determinadas cosas, como las prerrogativas estatutarias para definir los beneficios de la asistencia social que se pueden ejecutar contra el Estado¹¹ o los derechos a la tenencia de tierras, oponible a particulares¹². Los actos del Ejecutivo y la administración pueden, de la misma manera como en la legislación, convertir a los derechos constitucionales socioeconómicos en prerrogativas de segundo nivel jurídicamente exigibles, mediante la descripción de su contenido en las políticas o en las decisiones administrativas¹³.

11 Véase C. 2 de la Ley de Asistencia Social 59 de 1992, la cual crea para personas elegibles, prerrogativas para asistencia en pensión alimenticia para menores de edad, cuidado dependiente, crianza para menores de edad, discapacidad, veteranos de guerra, adultos mayores, ayuda médica y social en desastres.

12 Véase, por ejemplo, secciones 8(1) & 11(1), (2) & (3) de la Ley de Extensión de Tenencia de Tierras de 1997 (ESTA).

13 Para una descripción de este proceso, véase D. Brand 'Introduction to socio-economic rights in the South African constitution' (Introducción a los derechos socioeconómicos en la Constitución de Sudáfrica), en D. Brand & C. H. Heyns *Socio-economic rights in South Africa* (Derechos socioeconómicos en Sudáfrica), 2005, pp. 1, 16-17.

En términos prácticos, la amplia gama de poderes a disposición de las cortes, que se relaciona con los derechos socioeconómicos, evidentemente, aumentan su justiciabilidad. Para una Corte de comportamiento adverso resulta más difícil, de lo que en otros momentos debió ser el indicar ‘no es judicial’¹⁴, el alegar la incapacidad para tratar un conflicto socioeconómico que se ha presentado ante sí. Para una Corte más creativa y progresista, significa que hay una variedad de mecanismos a su disposición con que hacer frente a las disputas socioeconómicas que de otro modo podrían no aparecer como justiciables de forma evidente.

Un tercer aspecto de la Constitución, que refuerza la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos, es su relativamente liberal acercamiento al sistema judicial y el acceso a las cortes. La Constitución permite que uno lleve conflictos constitucionales a las cortes, presentando asuntos en interés propio, en interés de otras personas incapaces de actuar en su propio nombre, en interés de un grupo o clase de personas, o, más ampliamente, en interés público¹⁵. Visto desde el antecedente de un sector de litigio de interés público bien desarrollado y activo en Sudáfrica, significa que hay gran potencial para que conflictos constitucionales litigables—incluyendo aquellos que implican derechos socioeconómicos— se presenten ante las cortes.

No es de extrañar que a la luz de estos tres factores, una variedad algo desconcertante de casos relacionados con derechos socioeconómicos hayan sido resueltos en las cortes sudafricanas. La forma más sencilla en la cual dar sentido a esta diversidad de jurisprudencia, es la adopción de la categorización propuesta por la sección 7(2) de la Constitución y mirar de forma separada los casos en los que las obligaciones de respetar, proteger o promover y cumplir, respectivamente, estuvieron en disputa. Yo lo hago en la revisión de la jurisprudencia que sigue. Por supuesto, esta clasificación no es en modo alguno absoluta pues hay un alto grado de superposición entre los diferentes tipos de casos, como de hecho existe entre las distintas obligaciones sobre la base de la cual se haya realizado la categorización¹⁶.

14 R. Cover, *Justice Accused: Anti-Slavery and the Judiciary Process* (Justicia Acusada: La Antiesclavitud y el Proceso Judicial), 1975, pp. 119-120.

15 Sección 38(1).

16 La distinción entre obligaciones positivas y negativas y entre las obligaciones de respetar, proteger y cumplir, ha demostrado no tener una base empírica ni una base de principios. Primero, casi la

1.2. Los casos

1.2.1. La obligación de respetar los derechos socioeconómicos

Las cortes sudafricanas han decidido, en primer lugar, un número de casos en los cuales la obligación de respetar los derechos socioeconómicos estuvo en disputa. La obligación de respetar los derechos socioeconómicos tiene tres elementos distintos: primero, requiere que el Estado y otros se abstengan de interferir en el ejercicio efectivo de los derechos de las personas. Segundo, cuando dicha interferencia es ineludible, se requiere la adopción de medidas para mitigar su impacto; y, tercero, se requiere que el Estado se abstenga de limitar el acceso a los derechos socioeconómicos. Abstención de interferir en el ejercicio efectivo de los derechos de las personas. Las cortes sudafricanas han actuado para prevenir la interferencia en el acceso efectivo de las personas a los recursos básicos en un gran número de casos. En primer lugar, para hacerlo, las cortes se han basado directamente en derechos socioeconómicos constitucionales, en un gran número de instancias.

En el caso *Despatch Municipality v Sunridge Estate and Development Corporation*¹⁷, la Corte Superior declaró que, a la luz de la sección 26(3) de la Constitución, sección la 3B de la Ley de Prevención de Ocupación Ilegal¹⁸, que permitía la demolición y remoción, incluso por parte del Estado, de albergues ilegales levantados en la tierra sin una orden judicial,

misma conducta del Estado puede ser descrita tanto como una infracción a una obligación positiva de cumplir un derecho como a una obligación negativa de respetarlo. De igual manera, un elemento de la obligación supuestamente negativa de respetar derechos –la obligación de mitigar la interferencia en el ejercicio de un derecho en donde dicha interferencia es inevitable– claramente requiere que el Estado actúe, en lugar de dejar de actuar. Segundo, la distinción en consecuencia sobre la base de la cual se ha dicho que es menos problemático para las cortes hacer cumplir las obligaciones negativas que las positivas, tampoco se sostiene. El hacer cumplir una obligación negativa contra el Estado, genera tantos gastos de recursos como el hacer cumplir una obligación positiva. El hacer cumplir una obligación negativa, también potencialmente requiere que una corte interfiera tan profundamente en los poderes del quehacer político del ejecutivo y el legislativo, así como lo hace el hacer cumplir una obligación negativa.

17 1997 4 SA 596 (SE).

18 Ley 52 de 1951.

era ‘no estaba más en vigencia’, invalidando efectivamente dicha provisión¹⁹. En casos más recientes, *Jaftha v Schoeman*; *Van Rooyen v Stoltz*²⁰, la Corte Constitucional encontró que las provisiones de la Ley de Cortes de Magistrados²¹, que permitían sin una supervisión adecuada, la venta en ejecución de la vivienda de una persona para satisfacer una deuda judicial, violó, sin justificación²², la obligación negativa de respetar el derecho de cada uno a tener acceso a vivienda adecuada. La Corte procedió a interpretar el estatuto para hacer provisiones para una supervisión judicial apropiada²³. Finalmente, en el caso *Ross v South Peninsula Municipality*²⁴, un ejemplo de un caso en el que la conducta del Estado fue interpelada como una violación de la obligación de respetar un derecho socioeconómico, la Corte Superior de El Cabo se sustentó de forma directa en la sección 26(3) de la Constitución, para denegar a una autoridad local una orden de desalojo, ya que el otorgamiento de dicha orden no habría sido justo ni equitativo en todas las circunstancias²⁵.

Sin embargo, más frecuente que contar con los derechos constitucionales socioeconómicos directamente, para prevenir la interferencia en el acceso a los recursos básicos, las cortes han hecho cumplir este elemento de la obligación de respetar los derechos socioeconómicos, en la forma en que ha sido concebido por el legislador. La legislatura sudafricana en la última década ha promulgado una serie de leyes destinadas, fundamentalmente, a proteger el acceso existente de las personas a los recursos básicos: se piensa aquí en las leyes de tenencia de tierras como la Prevención de Desalojo Ilegal y la Ley

19 *Despatch* (Despacho) (n 17 precedente) 611B-C/D. La Ley de Prevención de la Ocupación Ilegal ha sido rechazada en su totalidad. Véase sección 11(1) con relación al Anexo I de la Ley de Prevención del Desalojo Ilegal y la Ley de Ocupación Ilegal de Tierras, 19 de 1998.

20 (2005) 1 BCLR 78 (CC).

21 Sección 66(1)(a) de la Ley de Cortes de Magistrados, 32 de 1944.

22 La posible justificación de esta violación, fue considerada por la Corte en términos de la sección 36(1) del test de proporcionalidad; *Jaftha* (n 20 precedente) párr. 34. Véase al respecto la sección 3.3.2 en el texto.

23 *Jaftha* (n 20 precedente) párr. 61-64.

24 (2000) 1 SA 589 (K).

25 *Ross* fue vencido por la Corte Suprema de Apelación en *Brisley v Drotzky* (2002) 4 SA 1 (SCA). Sin embargo, se mantiene como un ejemplo en el cual la interferencia de la conducta del Estado en el ejercicio actual de un derecho socioeconómico, fue puesta a prueba y encontrada sospechosa.

de Ocupación Ilegal de Tierras²⁶ y la Ley de Servicios de Agua²⁷, que regula las circunstancias bajo las cuales y la manera en la cual el abastecimiento de agua del hogar puede ser desconectado, también por el Estado. Las cortes se han mostrado particularmente activas en la aplicación de las disposiciones antidesecho de la legislación de tenencia de tierras contra el Estado²⁸, pero también han existido algunos litigios exitosos basados en la protección otorgada por la Ley de Servicios de Agua²⁹.

- Mitigación de los efectos de las interferencias en el ejercicio de los derechos socioeconómicos

La obligación de respetar los derechos socioeconómicos, por supuesto, no prohíbe en absoluto al Estado interferir en el ejercicio eficaz de tales derechos; existen muchas instancias en las que simplemente es inevitable para el Estado hacerlo, a menudo para promover el interés público, en alguna medida, o para proteger los derechos de los demás. En tales casos, la obligación de respetar exige que se haga un esfuerzo para mitigar el efecto de la interferencia en el ejercicio del derecho en cuestión, mediante la provisión de alguna forma alternativa de acceso al mismo. Este elemento de la obligación de respetar los derechos socioeconómicos es potencialmente oneroso y a menudo requiere el gasto de recursos importantes y significativos ajustes en la política. Sin embargo, nuestras cortes han demostrado estar dispuestas a hacer cumplir esta obligación de forma estricta.

Una vez más, las cortes lo han hecho, primero, en muchos casos, basándose directamente en los derechos constitucionales socioeconómicos. En *Modderfontein Squatters v Modderklip Boerdery (Pty) Ltd.*³⁰, la Corte Suprema de Apelación tuvo que hacer frente a una demanda presentada por un titular de una tierra, en la cual el Estado fue obligado constitucionalmente, a fin de proteger de manera efectiva el derecho constitucional a la propiedad, a hacer

26 n 18 precedente.

27 Ley 108 de 1997.

28 Para una reciente revisión, véase P. De Vos, 'The right to housing' (El derecho a la vivienda), en Brand & Heyns, (n 13 precedente) 85.

29 *Residents of Bon Vista Mansions v Southern Metropolitan Council* 2002 6 BCLR 625 (W).
30 (2004) 6 SA 40 (SCA).

cumplir y llevar a cabo una orden de desalojo que él había obtenido en términos de la sección 4 de PIE en contra de un gran grupo de invasores que ocupaban ilegalmente sus tierras. La Corte sostuvo que el Estado estaba obligado, de hecho, a proteger el derecho a la propiedad del actor en contra de la invasión de ocupantes ilegales³¹. Sin embargo, al mismo tiempo, el Estado estaba obligado a proteger el derecho de los ocupantes ilegales a tener acceso a una vivienda adecuada³². En cuanto a los hechos del caso particular, la Corte sostuvo que esto significaba que el Estado, al ejecutar la orden de desalojo contra los ocupantes ilegales, tendría que actuar ‘humanamente’. Esto significaba, entre otras cosas, que el Estado no podía desalojar a los ocupantes ilegales a menos que ‘proveyera de una tierra [alternativa]’³³. Esta conclusión llevó a la Corte a ordenar eventualmente al Estado a pagar daños y perjuicios a Modderklip, para reparar la infracción de su derecho a la propiedad y su falta de protección contra esta violación³⁴, y *para permitir a los ocupantes ilegales permanecer en la tierra de Modderklip hasta que el Estado ponga una tierra alternativa a disposición de ellos*³⁵. En efecto, la orden requirió que el Estado adquiriera la tierra a fin de que los ocupantes puedan permanecer allí, sin continuar infringiendo los derechos de propiedad de *Modderklip Boerdery*³⁶.

Las cortes también han aplicado este elemento de la obligación de respetar los derechos socioeconómicos, con el mismo efecto que le ha dado la legislatura. Las leyes de tenencia tierras referidas anteriormente, nuevamente proveen un buen ejemplo de cómo esta obligación constitucional se ha traducido en una especie de derecho. Estas leyes, en algunas instancias, exigen a las cortes considerar qué extensión de tierra alternativa habitable está disponible para los desalojados antes de conceder una orden de desalojo, y una orden de desalojo puede ser denegada si esta opción alternativa está ausente³⁷.

31 *Ibidem*, párr. 21.

32 *Ibidem*, párr. 22.

33 *Ibidem*, párr. 26.

34 *Ibidem*, párr. 43 y 52. El monto de daños y perjuicios debe ser determinado por cuerda separada (párr. 44).

35 *Ibidem*.

36 Aunque expresamente se indica que no será apropiado para el efecto ordenar al Estado expropiar la tierra en cuestión (*idem* párr. 41), la Corte lo pone de manifiesto que, a la luz de su orden, la expropiación de la tierra, podría ser un asunto sensible de realizar para el Estado (párr. 43).

37 Respecto de ESTA (n 12 precedente), véanse secciones 9(3)(a), 10(2) & (3) & 11(3); con respecto de PIE (n 19 precedente), véase sección 6(3)(b).

Un reciente caso resuelto en términos de PIE, ilustra el alcance y la naturaleza de este aspecto de la obligación de respetar los derechos socioeconómicos, en el contexto de la protección legal de esos derechos. En *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers*³⁸, el Estado había aplicado por una orden para desalojar a los ocupantes ilegales de tierras de propiedad privada, en términos de la sección 6 del PIE. La sección 6 permite a una Corte conceder esa orden, pero sólo si es justo y equitativo el hacerlo, teniendo en cuenta diversos factores, tales como 'la disponibilidad para el ocupante ilegal de un alojamiento alternativo adecuado o de tierra'³⁹. La Corte Constitucional confirmó la decisión de la Corte Suprema de Apelación, denegando la orden de desalojo⁴⁰. La Corte sostuvo que la sección 26 (3) de la Constitución, por intermedio de la sección 6 del PIE, requirió del Estado, cuando se trata de desalojos, proporcionar alojamiento alternativo adecuado a los desalojados. Esta obligación no se aplicaría en todos los casos de desalojo patrocinados por el Estado⁴¹. La Corte tendrá que decidir si hacer cumplir o no esta obligación, considerando 'la dinámica propia de cada caso, sus propios elementos irresolubles (al menos por el momento), y sus propias posibilidades creativas, que han de ser exploradas en la medida en que sea razonablemente posible'⁴². Para decidir si se aplica o no tal obligación, la Corte examinó en términos generales la posición y la conducta de los ocupantes, la conducta de la municipalidad en la gestión del problema y la conducta de los propietarios de las tierras en cuestión. El hecho de que los ocupantes en este caso habían vivido en el terreno en cuestión durante un largo tiempo⁴³; que se verían gravemente afectadas por cualquier desalojo⁴⁴; que habían ocupado la tierra, no

38 2004 (12) BCLR 1268 (CC).

39 PIE (19 precedente), sección 6(3)(c).

40 La decisión de la Corte Suprema de Apelación se reportada como *Baartman v Port Elizabeth Municipality*, 2004 (1) SA 560 (SCA).

41 *PE Municipality* (n 38 precedente), párr. 58: 'La disponibilidad de adecuado alojamiento alternativo es una de las consideraciones cuando se determina si es justo y equitativo desalojar a los ocupantes ilegales, mas no es el elemento determinante'. Véase además párr. 28: 'No existe, por lo tanto, una obligación no calificada en las autoridades locales, para asegurar que en ninguna circunstancia, un hogar deba ser destruido a menos que se ponga a disposición alojamiento o tierra alternativa'.

42 *Ibidem*, párr. 31.

43 *Ibidem*, párr. 27, 28, 49 y 59.

44 *Ibidem*, párr. 30 y 59.

para obligar a la municipalidad a proporcionarles, con preferencia a otros, tierras alternativas cuando sean eventualmente desalojados, sino porque habían sido expulsados de otros lugares y no tenían otro lugar a donde ir⁴⁵; que no había ‘ninguna prueba de que la municipalidad o los propietarios de la tierra necesitaran desalojar a los ocupantes, a fin de disponer la tierra para otros usos productivos’⁴⁶ y que la municipalidad no ha hecho ningún esfuerzo serio para llegar a una solución amigable del asunto, sino que se ha apresurado a solicitar una orden de desalojo y ha actuado de manera unilateral⁴⁷, condujo a la Corte a la conclusión de que una orden de desalojo no puede ser concedida a menos de que se provea de un terreno alternativo o alojamiento adecuados. La municipalidad había ofrecido permitir a los ocupantes trasladarse a dos posibles sitios alternativos. Sin embargo, la Corte determinó que ninguno de esos sitios era adecuado, principalmente porque la municipalidad no podía garantizar a los desalojados la tenencia de tierras si eran trasladados allí⁴⁸. Como resultado, se les permitió a los ocupantes permanecer en el terreno en cuestión⁴⁹.

- Abstenerse de limitar el acceso a los derechos socioeconómicos

La obligación de respetar el derecho a la alimentación también es violada, si el Estado pone obstáculos en el camino a que las personas tengan acceso a los recursos básicos, o en el camino de las personas para mejorar su nivel actual de acceso a tales recursos. La manera más evidente en que el Estado puede fallar en esta obligación, es si de forma arbitraria se niega a proveer el acceso a un recurso básico que tiene la capacidad de proporcionar. En, por ejemplo, *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal*^{F0}, el actor, que sufría de insuficiencia renal y una variedad de otras enfermedades que amenazaban su vida, alegó que el Estado estaba obligado constitucionalmente a proporcionarle el tratamiento regular de diálisis. La Corte Constitucional

45 *Ibidem*, párr. 49 y 55.

46 *Ibidem*, párr. 59.

47 *Ibidem*, párr. 45, 55-57 y 59.

48 *Ibidem*, párr. 58.

49 *Ibidem*, párr. 59.

50 1998 (1) SA 765 (CC).

invocó la sección 27 (3) de la Constitución, el derecho a que no se niegue el tratamiento médico de emergencia, para imponer una obligación al Estado de no denegar de forma arbitraria el acceso al mencionado tratamiento, en los lugares en donde existe. Sin embargo, en los hechos del caso particular, consideró que el Estado era incapaz de proporcionar el tratamiento a todas las personas que lo necesitaran, y que no había negado el acceso al tratamiento al actor de forma arbitraria sino de acuerdo con un conjunto de criterios racionales, aplicados honestamente⁵¹.

Tal vez una manera menos evidente en que este elemento de la obligación de respetar puede ser violado por el Estado, se da cuando el Estado limita el acceso a los recursos básicos en razón de su ineficiencia administrativa. En *Mashava v The President of the Republic of South Africa*⁵², la Corte Constitucional confirmó una orden de la Corte Suprema en la que, una proclamación presidencial⁵³ que trasladaba la administración de la Ley de Asistencia Social⁵⁴ a los gobiernos provinciales, no era válida. Aunque la validez de la proclamación fue impugnada bajo el argumento de que el Presidente no era competente para hacer la transferencia⁵⁵, en términos de las disposiciones transitorias de la Constitución y el traslado de los poderes legislativo y ejecutivo entre las provincias y el gobierno nacional, el caso fue motivado por el hecho de que el traslado dio como resultado la afectación del derecho de acceso a la asistencia social de personas elegibles para la asistencia social. El demandante era una persona indigente discapacitada que había solicitado y había obtenido una subvención de discapacidad, pero que, por un período de más de un año después de su aplicación exitosa, no recibió la subvención del Departamento de Salud y Bienestar de Limpopo⁵⁶. Es evidente que la falta de pago al demandante, de la subvención a la que tenía derecho, fue causada por la incapacidad administrativa del Departamento de Salud y Bienestar Social Provincial y por el hecho de que la administración del sistema

51 *Ibidem*, párr. 24-29.

52 2004 (12) BCLR 1243 (CC).

53 Proclamación R7 de 1996, *Government Gazette* (Gaceta Gubernamental) 16992 GN R7, 23 febrero 1996. La asignación fue hecha en términos de la sección 235 de la Constitución interina.

54 n 11 precedente.

55 *Mashava* (n 52 precedente), párr. 1.

56 *Ibidem*, párr. 9.

de bienestar social en la provincia estaba lamentablemente baja de recursos, debido a las ‘demandas de reasignación de los fondos de asistencia social a otros propósitos [provinciales]’⁵⁷. El demandante alegó que la Ley de Asistencia Social (y el pago de su subvención por discapacidad) podía ser administrada, de manera más eficiente y sobre una base más equitativa, por el gobierno nacional antes que por las provincias. Como resultado de ello, la transferencia de la administración de la Ley de Asistencia Social a las provincias constituye una alteración negativa del derecho a tener acceso a la asistencia social. En efecto, por lo tanto, la decisión de la Corte Constitucional que invalida la transferencia, es una decisión a la que el Estado debe dar cumplimiento en virtud de la obligación de respetar el derecho a tener acceso a la asistencia social, mediante la eliminación de un impedimento para su ejercicio efectivo.

1.2.2. El deber de proteger los derechos socioeconómicos

El deber de proteger los derechos socioeconómicos requiere del Estado la protección del ejercicio de esos derechos, y la capacidad de las personas para mejorar el ejercicio de esos derechos o para tener acceso al disfrute de esos derechos, contra la injerencia de terceros. La mayoría de las cortes hacen cumplir esta obligación de forma más obvia, cuando interpretan y aplican la legislación y los actos ejecutivos/administrativos, que busca proteger el acceso a los recursos básicos: regulación dirigida a permitir el acceso a estos recursos –la regulación actual del Estado en cuanto a la vivienda de alquiler⁵⁸ y desarrollo de la tierra⁵⁹ vienen a la mente como ejemplos–; regulación destinada a establecer estándares en materia de seguridad y calidad en la prestación de servicios y productos, o la regulación de los casos en que los particulares pueden interferir en el ejercicio de los derechos socioeconómicos (aquí podemos poner como ejemplo, las leyes que protegen la tenencia de tierra en contra del desalojo privado).

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 10.

⁵⁸ Véase Ley de Vivienda de Alquiler, 50 de 1999.

⁵⁹ Véase por ejemplo, la Ley de Facilitación del Desarrollo, 67 de 1995, la cual, entre otras cosas, pretende simplificar y de esta forma acelerar el desarrollo de la tierra para propósitos de provisión de vivienda de bajo costo.

Pero las cortes pueden, en una serie de aspectos importantes, también actuar por iniciativa propia a fin de proteger los derechos socioeconómicos. En primer lugar, las cortes pueden proteger los derechos socioeconómicos decidiendo sobre impugnaciones constitucionales y de otro tipo, para establecer medidas que se destinan a promover esos derechos⁶⁰. Esta función protectora de las cortes se ha ilustrado en el caso *Minister of Public Works v Kyalami Ridge Environmental Association*⁶¹. En este caso, una decisión del Estado para albergar temporalmente, a las víctimas indigentes de las inundaciones, en las tierras (de propiedad estatal) de una prisión a las afueras de Johannesburgo, fue impugnada por los propietarios de inmuebles de los alrededores, invocando una violación de sus derechos de justicia administrativa. La impugnación estuvo, en parte, basada en el argumento de que la decisión era ilegal, ya que el Ministro de Obras Públicas no tenía autoridad legal para tomar tal decisión. La Corte rechazó este argumento, en primer lugar porque consideró que el Ministro tenía la potestad necesaria para adoptar la decisión, en virtud del derecho del Estado como dueño de la propiedad, manifestado en el derecho común⁶², y luego, porque la decisión se adoptó en cumplimiento del deber constitucional de proporcionar vivienda a aquellos en necesidades extremas⁶³. Del mismo modo, en *City of Cape Town v Rudolph*⁶⁴, la Corte Suprema de El Cabo rechazó la impugnación constitucional basada en el derecho a la propiedad, de la ley de tenencia de tierras, PIE⁶⁵. La Corte sostuvo que PIE no autorizaba, ni la privación arbitraria⁶⁶ ni la expropiación de los bienes⁶⁷, y, como tal, no infringió los derechos de propiedad. La decisión se basa en parte en la conclusión de que el Estado no sólo fue autorizado, sino probablemente obligado por la Constitución a pro-

60 Véase, en general, C. H. Heyns, 'Extended medical training and the Constitution: Balancing civil and political rights and socio-economic rights' (El entrenamiento médico ampliado y la Constitución: Nivelando los derechos civiles y políticos y los derechos socioeconómicos), 1997, 30 *De Jure* 1.

61 2001 (3) SA 1151 (CC).

62 *Ibidem*, párr. 40.

63 *Ibidem*, párr. 37-40.

64 2004 (5) SA 39 (C).

65 n 19 precedente.

66 *Rudolph* (n 64 precedente) 72J & 74G.

67 *Ibidem*, 73F.

mulgar leyes como la PIE, a fin de hacer efectivo el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada y la prohibición de desalojos arbitrarios⁶⁸.

Las cortes también pueden proteger los derechos socioeconómicos por medio del ejercicio de sus poderes legislativos, al interpretar las leyes y al desarrollar las normas del derecho común. Como se ha señalado anteriormente, las cortes están constitucionalmente obligadas a interpretar la legislación y elaborar normas de derecho común de tal manera que el ‘espíritu, propósito y objetivos’ de la carta de derechos se promuevan⁶⁹. Las cortes, en otras palabras, son necesarias para incorporar a la legislación y al derecho común el sistema de valores que subyace en la Constitución; para leer los derechos en la Carta de Derechos y los valores subyacentes en la legislación vigente. Esta facultad de las cortes de hacer cumplir constitucionalmente la ley existente (común y estatutaria) es potencialmente una forma muy importante en la cual, los derechos socioeconómicos pueden ser desarrollados. En una economía de propiedad privada, los antecedentes normativos, estatutarios y de derecho común, sobre la propiedad y las transacciones determinaron centralmente el acceso y la distribución de los recursos básicos⁷⁰. A pesar que el desarrollo de los derechos socioeconómicos constitucionales, concebido como la forma para establecer nuevas y exclusivas garantías con soporte constitucional, es un importante esfuerzo en sí mismo, también es crucial explorar todo el potencial transformador de los derechos socioeconómicos, que contiene un compromiso crítico, también con estos antecedentes normativos de derecho común. En Sudáfrica, algunos de estos antecedentes normativos de derecho común, han sido, por supuesto, adaptados significativamente por medio de la legislación: el impacto de las diferentes leyes de tenencia de tierras en los derechos de propiedad privada es un ejemplo de ello⁷¹. Sin embargo,

68 *Ibidem*, 74H-75J.

69 Véase sección 39(1) de la Constitución.

70 Williams, (n 8 precedente) pp. 575-577. Véase al respecto también A. Sen *Poverty and famines. An essay on entitlement and deprivation* (Pobreza y hambre. Un ensayo sobre derechos y privaciones), 1981, p. 166; quien escribe que el acceso al alimento (y yo puedo agregar otros recursos básicos) está más importantemente determinado por ‘un sistema de relaciones legales (derechos de propiedad, obligaciones contractuales, intercambios legales, etc.)’, y que estas relaciones legales, o la ley por sí misma, casi literalmente ‘están entre’ dichos recursos y aquellos que necesitan desesperadamente de ellos.

71 A. J. Van der Walt, ‘Exclusivity of ownership, security of tenure, and eviction orders: A model to evaluate South African land reform legislation’ (Exclusividad de la propiedad, seguridad de tenencia

las cortes mantienen una responsabilidad importante para ampliar la protección que ofrecen los derechos socioeconómicos en las leyes ‘ordinarias’, mediante sus facultades de interpretación de la legislación y el desarrollo del derecho común.

Las cortes han participado decididamente junto con la legislación en los intentos de ampliar la protección de los derechos socioeconómicos. Así, por ejemplo, la Ley de Reforma Agraria (Aparcería Agrícola)⁷² y la Ley de ESTA⁷³, ambas destinadas a proteger los derechos informales a la tierra contra la interferencia de particulares, en varios aspectos han sido interpretadas por las cortes para que su protección se extienda también a otros derechos, tales como el derecho a la alimentación⁷⁴. Además, la decisión de la Corte Constitucional en *Jaftha v Schoeman*⁷⁵ ofrece un ejemplo interesante de cómo las cortes pueden, cuando se trata de la legislación, promover el deber de proteger los derechos socioeconómicos. En *Jaftha*, la Corte consideró las disposiciones de la Ley de Cortes de Magistrados⁷⁶ que autorizaba, en determinadas circunstancias, sin el debido control judicial, la venta en ejecución de la casa de un deudor para cumplir una sentencia por deudas. Sobre la base de la sección 26 (1) –derecho de toda persona a tener acceso a una vivienda adecuada–, la Corte,

de tierras y órdenes de desalojo: Un modelo para evaluar la reforma legislativa de tierras en Sudáfrica, 2002, *Journal for South African Law* (Periódico de Leyes de Sudáfrica) 254.

72 Ley 3 de 1996.

73 n 12 precedente.

74 La Corte de Demandas de Tierra, en un número de casos que tienen que ver con ESTA (n 12 precedente) o con la Ley de Reforma Agraria (n 72 precedente), por ejemplo, ha interpretado el término ‘desalojo’ ampliamente de tal suerte que el mismo abarca no sólo la interferencia con la ocupación de tierras para propósitos de asilo, sino también con la interferencia con actividades en la tierra mediante las cuales la gente se gana el acceso a la alimentación (por ejemplo, derechos de pastoreo y riego). Véase, por ejemplo a este respecto, sobre ESTA, *Ntshangase v The Trustees of the Terblanché Gesin Familie Trust* [2003] JOL 10996 (LCC) párr. 4; y, sobre la Ley de Reforma Agraria, *Van der Walt v Lang* 1999 1 SA 189 (LCC) párr. 13 and *Zulu v Van Rensburg*, 1996 4 SA 1236 (LCC) 1259. Véase también *In re Kranspoort Community*, 2000 2 SA 124 (LCC) (La Corte de Demandas de Tierra interpreta el término ‘derechos sobre la tierra’ en la Ley de Restitución de Derechos Sobre la Tierra, 22 de 1994 para incluir también ‘ocupación benéfica’, de tal suerte que el uso de la tierra a largo plazo para propósitos de pastoreo y cultivo, también constituye un derecho sobre la tierra que puede ser reclamado).

75 n 20 precedente.

76 n 21 precedente. Véase sección 66(1)(a).

mediante una combinación de interpretación y lectura textual de la ley, adaptó la Ley a fin de que la casa de un deudor que se encuentre en litigio, sólo pueda ser vendida en ejecución, si una corte así lo ha ordenado de forma específica después de considerar todas las circunstancias relevantes⁷⁷. *Jaftha* fue discutido y decidido sobre la base de la obligación negativa de respetar el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada⁷⁸. Sin embargo, en efecto, la orden de la Corte asciende a una instancia de interpretación de la legislación, por medio de la cual la Corte introduce dentro de la ley de Cortes de Magistrados una medida de *protección* para el derecho a la vivienda: la Corte dio cumplimiento a su deber de proteger ese derecho.

Las cortes han sido mucho menos activas en su participación en el derecho común, para mejorar la protección de los derechos socioeconómicos, de lo que lo han sido con respecto a la legislación. En los pocos casos en que se ha solicitado a las cortes que desarrollen el derecho común, a fin de mejorarlo para dar efecto a los derechos socioeconómicos, ellas han declinado. En *Afrox Healthcare BPK v Strydom*⁷⁹, la Corte Suprema de Apelación fue invitada a desarrollar el derecho común de contratos, de modo que las renunciaciones en los contratos de admisión en un hospital, que les permitía a los hospitales evadir su obligación de indemnizar a los usuarios en caso de demandas de daños y perjuicios basadas en la negligencia de su personal, son consideradas como cláusulas que se encuentran en conflicto con el interés público y, por tanto, inaplicables. El argumento era que dichas renunciaciones tenían como efecto, dejar a los pacientes sin protección adecuada contra las conductas no profesionales en dichos hospitales, y que tal situación constituye un menoscabo del derecho de acceso a servicios de atención en salud⁸⁰. Este argumento fue rechazado, y la posición del derecho común permaneció intacta⁸¹. Igualmente, en *Brisley*

77 *Jaftha* (n 20 precedente) párr. 61-64 y 67. Los factores que la Corte listó, a ser considerados, son: 'las circunstancias en las cuales se incurrió en la deuda; (...) intentos hechos por el deudor para pagar la deuda; la situación financiera de las partes; el monto de la deuda; si el deudor estaba empleado o tenía una fuente de ingresos para pagar la deuda y cualquier otro factor relevante para los (...) hechos del caso'; párr. 60. (El subrayado es mío.).

78 *Ibidem*, párr.. 17, 31-34 y 52.

79 2002 (6) SA 21 (SCA).

80 *Ibidem*, párr. 21.

81 Para críticas sobre el aspecto de esta sentencia, véase D. Brand, 'Disclaimers in hospital admission contracts and constitutional health rights' (Renunciaciones en los contratos de admisiones hospitalarias)

*v Drotsky*⁸², la Corte se negó a desarrollar el derecho común de desalojo, de acuerdo con la sección 26 (3) de la Constitución. Un ejemplo de que las cortes estuvieron dispuestas a desarrollar el derecho común a fin de proteger los derechos socioeconómicos, es el caso del *Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape v Ngxuzza. Ngxuzza*⁸³ se trató de una demanda de acción de clase, presentada en virtud de la sección 38 de la Constitución por un número de beneficiarios de asistencia social para el reintegro de las subvenciones otorgadas por discapacidad, que fueron ilegalmente terminadas por la provincia del Cabo del Este. La Corte a quo otorgó licencia a los demandados en el caso para proceder con dicha demanda de acción de clase. La provincia apeló contra dicha licencia ante la Corte Suprema de Apelación. La Corte Suprema de Apelación, en ausencia de una forma legislativa que haya sido otorgada a la disposición de la sección 38 para las acciones de clase, procedió a desarrollar el derecho común, con relación a la capacidad para adoptar disposiciones respecto de esas demandas. Aunque sin duda la decisión abre la puerta a demandas de acción de clase, cuando cualquier derecho constitucional esté en juego, dicha decisión es de fundamental importancia para la protección especial de los derechos socioeconómicos. Como el Juez de apelación Cameron (cargo que ejercía entonces), afirma de la sentencia dictada por la Corte: “La ley es un recurso escaso en Sudáfrica. Este caso demuestra que la justicia es aún más difícil de encontrar. Se trata de la forma en la que a los más pobres de los pobres se les ha de permitir el acceso a ambas”⁸⁴.

y derechos constitucionales de la salud), 2002, 3:2 *ESR Review* (Revista ESR)17-18; PA Carstens & JA Kok ‘An assessment of the use of disclaimers against medical negligence by South African hospitals in view of constitutional demands, foreign law and medico-legal considerations’ (Una evaluación del uso de las renunciaciones contra negligencias médicas por hospitales Sudafricanos desde el punto de vista de las demandas constitucionales, derecho internacional y consideraciones médico-legales), 2003, 18 *SA Public Law* (Derecho Público de SA) 430; D Tladi ‘One step forward, two steps back for constitutionalising the common law: *Afrox Health Care v Strydom*’ (Un paso adelante, dos pasos atrás para la constitucionalización del derecho común: *Afrox Health Care v Strydom*), 2002, 17 *SA Public Law* (Derecho Público de SA) 473.

82 2002 (4) SA 1 (SCA).

83 2001 (4) SA 1184 (SCA).

84 *Ibidem*, párr. 1.

1.2.3. El deber de cumplir con los derechos socioeconómicos⁸⁵

El deber de cumplir con los derechos socioeconómicos requiere del Estado “adoptar las medidas apropiadas: legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y otras”⁸⁶, para que el acceso a los recursos básicos sea ampliado y mejorado; en suma, debe actuar positivamente para la realización de los derechos. El Estado viola el deber de cumplir, no cuando invade el eficaz ejercicio de los derechos socioeconómicos, sino cuando no hace lo suficiente o no hace todas las cosas apropiadas para realizar plenamente estos derechos. Para que las cortes puedan hacer cumplir la obligación de cumplir, se requiere directamente de ellas evaluar la política estatal y su práctica, para decidir si son o no las medidas adecuadas para la realización de los derechos socioeconómicos en cuestión. Como tales, este tipo de casos sobre derechos socioeconómicos, son los más difíciles de decidir por las cortes.

Sin embargo, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha decidido hasta la fecha cuatro de aquellos prominentes ‘casos de deber de cumplir’. El primero, *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal*⁸⁷, fue también la primera decisión de la Corte relacionada con derechos socioeconómicos. En este caso, un hombre indigente que sufría de insuficiencia renal aguda y una variedad de otras enfermedades graves, solicitó una orden para que el hospital del estado, a su costo, fuera obligado a proveerle del tratamiento de diálisis renal que él regularmente necesitaba para mantenerse vivo. El hospital en cuestión se había negado a hacerlo, ya que sólo tenía una capacidad limitada para proporcionar el tratamiento de diálisis renal, ante una demanda ilimitada que obligaba a racionar el acceso. Desde este punto de vista, el hospital ofrecía el tratamiento sólo a aquellos pacientes que tuvieran cura: en efecto aquellos pacientes que eran candidatos a trasplante de riñón. El señor Soobramoney

85 Yo discuto que las obligaciones de promover y cumplir son una sola obligación, aunque varias interpretaciones de que la obligación de promover es distinta a la obligación de cumplir han sido propuestas.

86 Comentario General No. 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*El derecho al más alto estándar de salud posible (art. 12 del Convenio)* UN Doc E/C 12/2000/4), párr. 33.

87 n 50 precedente.

no era uno de estos candidatos. Su demanda fue rechazada por la Corte Superior. En la apelación la Corte Constitucional determinó que la negativa del hospital a proporcionar el tratamiento (y, por extensión, su decisión política de no proporcionar el tratamiento a pacientes con insuficiencia renal incurable en un sentido más amplio), no violaba la sección 27 (3), derecho de toda persona a que no se le niegue el tratamiento médico de emergencia, ni la sección 27 (1), derecho de toda persona a tener acceso a los servicios de salud, y también rechazó la demanda. La Corte razonó que la capacidad de diálisis del hospital era en efecto limitada y que los criterios que había elegido, para escoger cómo racionar el acceso al tratamiento fueron racionalmente concebidos, en sentido general, y fueron aplicados de buena fe al señor Sobramoney, de manera en particular⁸⁸.

En el siguiente caso de ‘deber de cumplir’ –*Government of the Republic of South Africa v Grootboom*⁸⁹–, un grupo de personas sin hogar que recientemente había sido desalojado por una autoridad local de sus chozas, se acercó a la Alta Corte para que se dicte una orden que señale que el Estado estaba obligado a proporcionarles refugio temporal hasta el momento en que fueran capaces de encontrar una vivienda más permanente. La Alta Corte concedió la orden, argumentando que los niños del grupo tenían, en términos de la sección 28 (1) (c), derecho a la vivienda, derecho a ser provistos de vivienda a costo del Estado y que sus padres debían ser provistos de vivienda junto con ellos, toda vez que separarlos de sus padres no iría en favor de su interés superior, al contrario de lo dispuesto en la sección 28, que establece que el interés superior del niño debe ser primordial en todas las decisiones que afectan a los niños⁹⁰. En la apelación ante la Corte Constitucional, la difícil situación del grupo de los reclamantes fue resuelta, teniendo en cuenta que el Estado había llegado a un acuerdo con ellos en términos de que se les proporcionó refugio temporal de un nivel aceptable. Como consecuencia, sólo la cuestión constitucional subyacente –en términos generales, si el Estado estaba o no obligado a proporcionar a las personas sin hogar vivienda temporal– seguía estando ante la Corte.

88 *Ibidem*, párr. 22-29.

89 2001 (1) SA 46 (CC).

90 *Grootboom v Oostenberg Municipality* 2000 3 BCLR 277 (C).

Basándose en la sección 26 (1), derecho de toda persona a tener acceso a una vivienda adecuada, la Corte declaró que el Estado tenía un deber legal, de al menos, tener un plan en términos de cómo hacer frente a la difícil situación de las ‘personas absolutamente desposeídas’, como la comunidad de Grootboom. Un examen de la política de vivienda del Estado reveló en aquel momento, que ésta estaba concentrada en proveer vivienda de largo plazo, plenamente adecuada, de bajo costo y, de hecho, no tuvo en cuenta las necesidades básicas de las personas sin hogar necesitadas de refugio temporal. La Corte declaró inconstitucional la política de vivienda del Estado en la medida en la que ésta no previó la necesidad de las personas sin hogar.

*Minister of Health v Treatment Action Campaign*⁹¹ trataba de la adecuación de los esfuerzos del Estado para prevenir la propagación del VIH, en particular la transmisión del VIH de madres a sus recién nacidos en el momento del nacimiento. Los estudios realizados por la Organización Mundial de la Salud y, de hecho, por el propio Consejo de Control de Medicamentos de Sudáfrica, demostraron que la administración de una dosis única del medicamento antirretroviral Nevirapina, a la madre y el niño en el momento del nacimiento, previene de forma segura la transmisión de madre a hijo del VIH, en la gran mayoría de los casos. Sin embargo, el Estado se negó a proporcionar la medicina para este fin en las instalaciones de salud pública, eligiendo en su lugar, disponer su uso en un pequeño número de centros piloto para un período no divulgado, antes de decidir si se ponía o no a disposición general. La Campaña de Acción pro Tratamiento, un organismo que cubría un colectivo de ONG y movimientos sociales que abogan por una mejor prevención y opciones de tratamiento para el VIH/SIDA, después de un período de prolongadas negociaciones y actividades de promoción, se acercó a la Alta Corte con el fin de obtener una orden para que el Estado disponga de Nevirapina en todos los centros públicos de salud donde mujeres embarazadas daban a luz, a fin de evitar la transmisión del VIH de madre a hijo, y para que se elabore un plan general para prevenir la transmisión madre a hijo de VIH. La Alta Corte concedió la orden. En la apelación ante la Corte Constitucional, esta orden fue confirmada en lo esencial. La Corte sostuvo que la negativa del Estado, para que la Nevirapina esté disponible amplia-

91 2002 (5) SA 721.

mente y el hecho de que no tuviera un plan para hacer frente a la transmisión madre a hijo del VIH, violó el artículo 27 (1), derecho a que las madres indigentes y sus recién nacidos bebés tengan acceso a servicios de atención médica. A la luz de la aprobación de la OMS de Nevirapina, para impedir la transmisión del VIH de madre al hijo y a la certificación dicho medicamento, para tal efecto, del Consejo de Control de Medicamentos de Sudáfrica, la Corte rechazó la preocupación del Estado sobre la seguridad y la eficacia de la Nevirapina. La Corte también aceptó las pruebas que revelaban que había una importante capacidad latente en el servicio público de salud para administrar el medicamento de manera efectiva y para controlar su uso y efectos. Como resultado de ello, la Corte ordenó al Estado a poner la Nevirapina a disponibilidad de las personas en todos los servicios de salud pública en donde su uso, en opinión del médico tratante y del supervisor de la institución, fuera prescrito; y para elaborar y aplicar un plan integral para prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo.

En el más reciente caso de ‘deber de cumplir’ –*Khosa v Minister of Social Development*⁹²– un grupo de indigentes nacionales de Mozambique, con estatus de residentes permanentes en Sudáfrica, impugnaron la disposición de la Ley de Asistencia Social que restringía el acceso a las prestaciones de asistencia social para ciudadanos sudafricanos (en este caso la pensión otorgada por el Estado para ancianos y la pensión alimenticia para niños y niñas). La Corte Constitucional rechazó los argumentos del Estado, que afirmaban que la exclusión de los residentes permanentes no ciudadanos estaba justificada, en cuanto a que incluirlos en el sistema de asistencia social podría atraer una avalancha de inmigrantes a Sudáfrica, quienes vendrían con el único propósito de obtener acceso a los beneficios de la asistencia social y que su inclusión supondría una insostenible carga financiera adicional sobre el presupuesto de asistencia social. Llegó a la conclusión de que la exclusión de los residentes permanentes discriminados injustamente, era una violación de la sección 9 (3) de la Constitución y violación de su sección 27 (1), derecho a tener acceso a la asistencia social. En consecuencia, declaró inconstitucionales las disposiciones ofensivas de la Ley de asistencia social y procedió a interpretar las disposiciones para que los residentes permanentes también sean elegibles para el acceso.

92 2004 (6) SA 505 (CC).

2. Evaluando la experiencia sudafricana

La inclusión de los derechos socioeconómicos justiciables en la Constitución Sudafricana de 1996 no fue poco controvertida. En el momento en el que la Constitución se redactaba tuvo lugar un profundo debate sobre las ventajas y desventajas de este movimiento en Sudáfrica, que más o menos refleja el debate internacional sobre esta materia, mismo que a la época había venido desarrollándose por casi una década⁹³. En este debate, la oposición a la idea de los derechos socioeconómicos justiciables se centró en torno a tres series de argumentos, los cuales surgieron a partir de la hipótesis de que los derechos socioeconómicos únicamente confieren derecho a la acción afirmativa del Estado y, en consecuencia, requieren la utilización de recursos para ser realizados. El primer grupo de argumentos se centro en la relación institucional de las cortes con los otros dos poderes del Estado: se refiere a la separación de poderes, para abreviar.

Se expresó la preocupación, en primer lugar, de que las cortes, frente a los poderes legislativo, ejecutivo y la administración del Estado, serían institucionalmente incapaces de participar en el tipo de análisis de política técnica que se les exige cuando tienen que evaluar las políticas de Estado en materia de vivienda, sanidad, o educación frente a los derechos constitucionales socioeconómicos. Se alegó además que las cortes, como instituciones no responsables democráticamente, no debían ser colocadas en una posición en la que podrían cuestionar las elecciones de la política social y económica de un poder, legislativo o ejecutivo, democráticamente responsable. Por último, las preocupaciones emergieron acerca de la integridad institucional de las cortes; aquí se advirtió que las decisiones de las cortes en los casos de derechos socioeconómicos inevitablemente las coloca en curso de colisión con el ejecutivo y el legislativo, algo que las cortes, en particular en una incipiente democracia constitucional como la sudafricana, donde se sigue luchando para establecer su posición institucional en el esquema constitucional de las cosas, no puede permitirse⁹⁴.

93 Véanse las fuentes referidas en el pie de página n 7 precedente.

94 Para una revisión reciente de la naturaleza de estos argumentos y su valor en el debate sobre los derechos socioeconómicos en Sudáfrica actualmente, véase M. Pieterse 'Coming to terms with the ju-

La segunda serie de argumentos planteaban la preocupación por el impacto que los derechos socioeconómicos judiciales podrían tener sobre la legitimidad del proyecto constitucional en su conjunto. Aquí se señaló que las cortes, independientemente de sus buenas intenciones, no tienen las competencias prácticas necesarias para que las órdenes que dictan en casos relacionados con derechos socioeconómicos sean cumplidas. Que las cortes participen en la judicialización de demandas sobre derechos socioeconómicos, los argumentos prosiguen, podría erosionar la legitimidad del poder judicial y la idea de los derechos humanos en sí mismos, si en virtud de las realidades económicas, los servicios básicos que se requieren sean provistos por el Estado no se puede entregar, con independencia de lo que las cortes tengan que decir⁹⁵.

El tercer grupo de argumentos fue motivado por una preocupación por las políticas progresistas. Aquí se argumentó que la judicialización de asuntos relacionados con políticas socioeconómicas, por medio del afianzamiento de los derechos socioeconómicos judiciales, podría sofocar la acción social, empobreciendo la vida política y, en última instancia, deteriorando las luchas por la justicia social (como Davis ha dicho, los derechos socioeconómicos judiciales podrían ‘minar la posibilidad de una participación pública significativa en la configuración del bien social’)⁹⁶. Esto podría ocurrir de varias maneras diferentes. Así por ejemplo, se ha señalado que la judicialización de las demandas relacionadas con derechos socioeconómicos podrían funcionar para ‘pasar por alto’ y ‘pacificar’ el conflicto político y la disputa, promoviendo ‘una falsa expectativa en las personas y grupos en desventaja, de que la búsqueda de los derechos legales por medio

dicial enforcement of socio-economic rights’ (Adentrándonos a la implementación judicial de los derechos socioeconómicos), 2004, 20 *SAJHR* 383. Para un análisis respecto de los argumentos sobre las fortalezas y debilidades de la separación de poderes en el contexto de la judicialización de los derechos socioeconómicos, véase Courtis, en el pie de página n 6 precedente, pp. 345-347.

95 Davis n 9 precedente 488-490.

96 *Ibidem*. Véase también J. Bakan, ‘What’s wrong with social rights’ (¿Qué está mal con los derechos sociales?), en J. Bakan & D. Schneiderman (editores), *Social justice and the Constitution: Perspectives on a social union for Canada* (La justicia social y la Constitución: Perspectivas de una unión social para Canadá), 1992, 85; Y. Ghai & J. Cottrell, ‘The role of courts in implementing economic, social and cultural rights’ (El rol de las cortes en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales), en Ghai & Cottrell, n 7 precedente 58 88.

de las cortes puede efectuar un cambio social duradero’, mientras que ‘los derechos... operan en lugar de ... canalizar potencialmente demandas radicales para transformarse en demandas legales que, por definición, no serán perturbadores del *statu quo* social y económico’⁹⁷. El trabajo de las cortes en el proceso de interpretación y aplicación de los derechos socioeconómicos puede ejercer un efecto silencioso en la acción política radical y crítica, en primer lugar, destruyendo o subvirtiendo las diversas formas de organización social de las que tal acción depende; estos derechos y las prerrogativas individuales que emanan de ellos pueden ‘tomar [...] el lugar del soporte comunal espontáneo en la familia, así como en la vida de la comunidad local’, a fin de que la organización colectiva y la acción política colectiva se vean afectadas, reemplazadas por la acción de búsqueda de su propio interés⁹⁸. Por último, se ha argumentado que las cortes pueden actuar para limitar la capacidad y el espacio de los pobres para participar en la acción política progresista para hacer frente a su difícil situación, autorizando, confirmando y legitimando una variedad de estrategias discursivas que emplean los participantes en el debate político en torno a los temas socioeconómicos, para despolitizar los temas en cuestión⁹⁹.

97 M. Jackman, ‘Constitutional Rhetoric and Social Justice: Reflections on the Justiciability Debate’ (Retórica Constitucional y Justicia Social: Reflexiones sobre el Debate de la Justiciabilidad) en J. Bakan & D. Schneiderman (editores), *Social Justice and the Constitution: Perspectives on a Social Union for Canada* (La justicia social y la Constitución: Perspectivas de una unión social para Canadá), 1992, 17-22. Véase al respecto S. Wilson, ‘Taming the Constitution: Rights and Reform in the South African Education System’ (Cronometrando la Constitución: Derechos y Reforma en el Sistema Educativo de Sudáfrica), 2004, 20 SAJHR 418-423-424, quien pone de manifiesto cómo el Departamento de Educación ha cooptado efectivamente el discurso de derechos para ‘proveer de un escaparate ideológico a las prácticas y políticas cuyos aspectos presentan límites significativos en los derechos en los que supuestamente más se debería avanzar’, (424).

98 JWG van der Walt, *The Twilight of Legal Subjectivity: Towards a Deconstructive Republican Theory of Law* (El Crepúsculo de la Subjetividad Legal: Hacia una Deconstrucción de la Teoría Republicana de la Ley), 1995, disertación LLD no publicada, Universidad Rand Afrikaans 324. Véase también AAG Peters, ‘Law as Critical Discussion’ (El Derecho Como una Discusión Crítica), en G. Teubner (editor), *Dilemmas of law in the welfare state* (Dilemas de la ley en el estado de bienestar), 1986, pp. 250, 276-277.

99 D. Brand, ‘The “politics of need interpretation” and the adjudication of socio-economic rights claims in South Africa’ (Las “políticas de interpretación de las necesidades” y la decisión en las demandas sobre derechos socioeconómicos en Sudáfrica), en AJ van der Walt (ed), *Theories of social and economic justice* (Teorías de la justicia social y económica), 2005, p. 17.

En lo que sigue, a fin de evaluar el progreso que se ha hecho con la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos en Sudáfrica, evaluaré el cuerpo de jurisprudencia descrito en la sección 2.2. del presente documento frente a cada una de estas tres series de argumentos.

2.1. Separación de poderes

De los tres conjuntos de argumentos en oposición a los derechos socioeconómicos justiciables previstos anteriormente, los argumentos de la ‘separación de poderes’ institucional han sido por mucho, los de mayor uso corriente en la materialización de la jurisprudencia sudafricana relativa a los derechos socioeconómicos¹⁰⁰. Sin embargo, en lo principal, los argumentos de la separación de poderes han demostrado ser los menos problemáticos y los más fáciles de tratar en el desarrollo de esta jurisprudencia.

Esto ha sido así, en primer lugar, porque en una proporción significativa de los casos sobre derechos socioeconómicos en los que las cortes sudafricanas han sido llamadas a decidir, concernientes a la capacidad y la legitimidad del poder judicial en relación con el poder legislativo y ejecutivo, y a las relaciones del poder judicial con estos otros sectores, simplemente no se plantean, o, al menos, podría argumentarse que no se plantean. Como se señaló anteriormente, la Constitución de Sudáfrica exige al Estado ‘respetar, proteger, promover y cumplir’ los derechos socioeconómicos y tomar ‘razonables medidas legislativas y otras para lograr [su] realización progresiva’¹⁰¹. Esto ha significado que, en gran medida, el primer orden de los derechos constitucionales socioeconómicos ha sido traducido por el poder legislativo, el ejecutivo y la administración estatal, en un segundo orden legal o prerrogativas administrativas, por ejemplo los derechos a las prestaciones de asistencia social específicos, en términos de la legislación de asistencia social, o la protección contra el desalojo, en términos de la legislación tenencia de tierras, o de los subsidios de vivienda de bajo costo, en términos de políticas de redistribución de la tierra¹⁰². Cuando las cortes deciden estos tipos de casos sobre

100 Véase, en general, Pieterse, n 94 precedente.

101 Secciones 26(2) y 27(2) de la Constitución.

102 Para una revisión de la dimensión de este proceso, véase D. Brand, en n 13 precedente 12-17.

derechos socioeconómicos de ‘segundo orden’, no están directamente confrontados con la separación de poderes, como ocurre en los casos en los que las cortes deben interpretar y aplicar derechos socioeconómicos constitucionales directamente, por tres razones. En primer lugar, los derechos y deberes en este tipo de casos han sido definidos para las cortes por el poder legislativo o ejecutivo, despojándolas de la responsabilidad de dar contenido, en detalle, a los estándares legales formulados en términos generales, en los que no tienen la capacidad técnica para hacerlo, como sería el caso de la interpretación constitucional de los derechos socioeconómicos. En segundo lugar, en los casos de derechos socioeconómicos de segundo orden, las soluciones se han definido por el poder legislativo o ejecutivo, por lo que la ejecución de un fallo contra el Estado se hace mucho menos problemático en un sentido práctico. En tercer lugar, cuando las cortes fallan a favor de un demandante en un caso sobre derechos socioeconómicos de segundo orden y éste se enfrenta a tener que hacer cumplir lo que podría ser una onerosa obligación legal contra el Estado, esto sería la aplicación de un deber legal en contra del legislativo o el ejecutivo; y en vista de que estos dos poderes lo han definido ellos mismos, se diluye significativamente el potencial de confrontación institucional y conflicto en el proceso¹⁰³. Por supuesto, el proceso de transformación de los derechos socioeconómicos constitucionales en derechos de segundo orden, prerrogativas definidas estatutaria o ejecutivamente más fácilmente exigibles, va a continuar, de manera que los casos más problemáticos en los que las cortes serían llamadas a decidir sobre disputas directamente basadas en derechos socioeconómicos constitucionales, están aparentemente destinadas a disminuir.

Lo concerniente a la separación de poderes tampoco se produce, o se puede decir no va a surgir, en determinados tipos de casos sobre derechos socioeconómicos, aún cuando estos casos se deciden directamente sobre la base de un derecho socioeconómico constitucional, en lugar de sobre la base de un derecho legal. Las cortes sudafricanas se han mostrado más dispuestas a actuar con firmeza contra el Estado, en aquellos casos en los que está en juego la supuesta obligación negativa de respetar un derecho socioeconómico.

103 Para una discusión de las fortalezas de la aplicación de los derechos socioeconómicos mediante prerrogativas de segundo orden, véase D. Brand, en n 13 precedente 12-17. Véase también Courtis, en n 6 precedente, pp. 341 y 353, con referencia al contexto argentino.

mico, que en los casos en los que está en juego la supuesta obligación positiva de proteger y de cumplir. En tales casos, es a menudo cierto que, para que una Corte falle en contra del Estado en un caso de derechos socioeconómicos, no deben haber consecuencias –o existirán muy pocas– en el gasto de recursos y, además, no se deberá requerir a la corte inmiscuirse en las medidas de política, al menos que deba hacerlo en un pequeño grado únicamente. En otras palabras, en estos casos se solicita a las cortes no hacer otra cosa que aquello que se debe hacer en cualquier caso ordinario de revisión constitucional. Un ejemplo es el caso *Jaftha* descrito anteriormente, en el que la Corte Constitucional anuló, como una violación negativa del deber de respetar el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada, las disposiciones de la Ley de Cortes de Magistrados que permitían la venta en ejecución de la casa de un deudor, sin supervisión judicial, para fijar una sentencia de deuda y, a continuación, interpretaron la ley para subsanar el defecto¹⁰⁴. Esta decisión dio lugar a un cambio en la ley solamente, sin ningún efecto sobre el erario público y sin que la Corte tenga que cuestionar, en cualquier forma real, una posición de política socioeconómica o una decisión del Estado. Por supuesto, no todas las decisiones relacionadas con el deber de respetar un derecho socioeconómico son tan fáciles: un caso de desalojo como *Modderklip o Port Elizabeth Municipality*¹⁰⁵, a pesar de que presenta un ejemplo de una Corte haciendo cumplir la obligación negativa de respetar el derecho a la vivienda, potencialmente tiene importantes consecuencias para el erario público y requiere que la Corte directamente se inmiscuya en una serie de importantes cuestiones de política. En tales casos, que una Corte niegue una orden de desalojo significa que el Estado tiene que adquirir los terrenos sobre los que se establecieron para regularizar su ocupación, o si se trata de tierras estatales que habían sido destinadas a otro uso público (tal como el establecimiento de viviendas de bajo costo para otro grupo de personas), otras tierras tendrían que encontrarse para ese fin. Pero el punto es que esto no es siempre el caso.

La separación de poderes ha demostrado ser menos problemática de lo previsto también en los casos más difíciles, cuando las cortes no pueden evitar tener que tomar decisiones políticas y expedir órdenes con consecuencias

104 *Jaftha*, n 20 precedente.

105 *Modderklip* n 30 precedente; PE Municipality n 38 precedente.

para el presupuesto del Estado. Esto es probablemente debido a que la separación de poderes se realiza en una jurisdicción particular como Sudáfrica, donde el papel de las cortes en la aplicación del derecho público está conceptualizado en términos anglo-americanos más que en términos continentales, que son más familiares para las cortes que se encuentran también en otros contextos de su decisión sobre las demandas de derechos socioeconómicos y tienen a su disposición una variedad de estrategias e intuiciones por ahora bien utilizadas. En los casos más difíciles sobre derechos socioeconómicos, los casos del deber de cumplir como *Soobramoney*, *Grootboom*, *Treatment Action Campaign* y *Khosa*, las cortes han tratado de negociar las dificultades sobre la separación de poderes en dos formas.

En primer lugar, las cortes han sido capaces de permitir al Estado el equivalente a un margen de apreciación, con respecto al cumplimiento de sus deberes constitucionales en términos de los derechos socioeconómicos, o al menos para mantener la impresión de que es posible hacerlo. En los casos del deber de cumplir, las cortes han adoptado un estándar especial de revisión de razonabilidad. La Corte ha presentado su test de razonabilidad como medio y fin del test de efectividad: en *Grootboom*, por ejemplo, la Corte indicó que las medidas del Estado se evalúan para determinar si son 'capaces de facilitar la realización del derecho'¹⁰⁶. Para determinar si las medidas en cuestión tienen o no esa capacidad, la Corte Constitucional ha indicado que analiza los siguientes factores: la extensión en que la medida en cuestión es integral, en el sentido de que prevé la totalidad de los elementos importantes para la realización de un determinado derecho; la extensión en que los recursos financieros y humanos se han asignado para garantizar el éxito de la implementación de la medida, la extensión en que la medida está, en efecto, siendo implementada con éxito; la extensión en que una medida tiene en cuenta las particularidades de las necesidades de las personas más carentes de acceso a un derecho y, por último, la extensión en que el proceso, en los términos en los cuales una medida fue diseñada e implementada, es transparente y accesible a aquellos para cuyo beneficio se realiza. Lo que es más importante, la Corte se ha tomado en sus sentencias, en la aplicación de este test de razonabilidad, todas las molestias para

106 *Grootboom*, n 89 precedente, párr. 41.

enfatar que no se prueba la eficacia relativa, que ‘no demostrará si otras medidas más deseables o favorables se han adoptado, o si el dinero público podría haber sido mejor gastado’, pero dejará los ‘contornos precisos y el contenido de las medidas a ser adoptadas [para hacer un programa razonable] [a] los poderes legislativo y ejecutivo¹⁰⁷. La Corte evidentemente adopta esta distinción entre probar la eficacia y probar la eficacia relativa para mediar su interés con su capacidad institucional y legitimidad, y para manejar su relación con el ejecutivo y el legislativo. Por supuesto, la distinción es, en muchos casos, una ficción. En *Grootboom*, la Corte fue claramente capaz de mantenerla. El asunto político en cuestión (la mejor manera de satisfacer las necesidades de los ‘absolutamente desposeídos’) permitió una amplia variedad de posibles soluciones, a fin de que la Corte pueda simplemente declarar que el programa de viviendas era incompatible con la Constitución, en la medida en que no contenía previsiones para los ‘absolutamente desposeídos’, y dejaba al Estado la elección de la solución concreta a la situación. Por el contrario, en *Treatment Action Campaign*¹⁰⁸, y particularmente en *Khosa*¹⁰⁹, la especificidad de la cuestión política que la Corte evaluó era tal, que no permitía este campo. La Corte encontró en *Treatment Action Campaign*, que la restricción estatal del suministro de Nevirapina a los centros piloto designados violó la sección 27 (1), y condujo inevitablemente al Estado a la obligación de proveer Nevirapina en otros lugares, a pesar de su falta de voluntad para hacerlo¹¹⁰. Por la misma razón, en *Khosa* la Corte, debido a la falta de razonabilidad existente, no tuvo otra opción que permitir a los residentes permanentes ser incluidos en el esquema de asistencia social. De hecho, la propia Corte interpretó a tal efecto la Ley de Asistencia Social¹¹¹. Sin embargo, esta ficción es útil ya que permite a la Corte hacer valer los derechos, sin tener que admitir el ordenar

107 *Ibidem*.

108 n 91 precedente.

109 n 92 precedente.

110 Como se explicará más adelante (en el texto que consta en el pie de página n 116), la Corte se las arregló para suavizar el límite prescriptivo de su fallo y orden, disponiendo que la Nevirapine sea provista solamente donde el médico tratante y el superintendente de la institución en cuestión, hubieren opinado que era lo indicado; *Treatment Action Campaign* (n 91 precedente), párr. 135, párr. 3(b) de la orden.

111 *Khosa* n 92 precedente, párr. 98.

directamente al Estado. Como tal, ayuda a la Corte a evitar la confrontación directa con los poderes políticos¹¹².

La Corte también ha tenido cuidado para ampliar este ‘margen de apreciación’ a su enfoque de reparación en los casos de derechos socioeconómicos. A pesar de tener el poder formal de hacerlo, la Corte ha evitado asiduamente la emisión de decisiones judiciales contra la estructura del Estado, que requieran prescribirle las minucias de diseño e implementación de políticas necesarias para corregir un defecto constitucional. En lo principal, la Corte ha preferido, cuando se constata una inconstitucionalidad, simplemente declarar tal constatación, dejando que el Estado mismo determine los detalles de la reparación. En los dos casos en los que tal decisión de supervisión tal vez podría haber jugado un papel, la Corte Constitucional ha optado por no hacer uso de ella. En *Grootboom*, la Corte emitió una simple orden declarativa, dejando la reparación del defecto Constitucional del programa de vivienda totalmente al Estado¹¹³. En la *Treatment Action Campaign*, la Corte igualmente emitió una sentencia declarativa, junto con una orden mandatoria, requiriendo al Estado remediar el defecto constitucional en su programa para la prevención de la transmisión del VIH de madre a hijo¹¹⁴. Sin embargo, a pesar de confirmar que efectivamente tiene el poder para hacerlo, la Corte nuevamente ha declinado en su derecho de emitir un interdicto de supervisión, sosteniendo que no había ninguna indicación de que el Estado no implementaría su orden apropiadamente¹¹⁵. Además, aunque la Corte, en *Treatment Action Campaign*, redactó su orden mandatoria en términos muy específicos, incluyó una medida de deferencia al juzgamiento de la capacidad técnica y política superior de las ramas ejecutivas y administrativas del gobierno. En lugar de limitarse a dirigir al Estado a poner Nevirapina a disposición de todos los servicios de salud pública donde madres seropositivas dan a luz, la Corte ordenó que la Nevirapina esté disponible sólo cuando ‘a

112 Véase, con respecto a una ficción similar que opera en el contexto de la decisión de la Corte en temas de recursos para alojamiento, T. Roux, ‘Legitimizing transformation: Political resource allocation in the South African Constitutional Court’ (Transformación de la Legitimación: Recurso político sobre alojamiento en la Corte Constitucional Sudafricana) (2003) 10 *Democratisation* (Democratización) 92.

113 *Grootboom* n 89 precedente, párr. 99.

114 *Treatment Action Campaign*, n 91 precedente, párr. 135.

115 *Ibidem*, párr. 129.

criterio del médico tratante en consulta con el superintendente de la instalación en cuestión lo prescriban¹¹⁶.

La segunda manera en que las cortes han tratado de negociar las dificultades que plantea la separación de poderes en los casos en que se debe decidir el deber de cumplir, ha sido la construcción de una medida de flexibilidad, dentro de sus dos estándares de control y su acercamiento de reparación, que les permite intervenir directamente sólo en la esfera de poder de las otras ramas del gobierno tanto como las circunstancias particulares del caso lo permiten, dada su percibida incapacidad técnica e ilegitimidad democrática, y lo requieren, dado el grado de privación en el asunto. Esto es, sin duda, más evidente con respecto al estándar de revisión de la Corte. Como se recordará, la Corte aplica un test de razonabilidad para revisar el cumplimiento de las medidas del Estado en relación con los derechos socioeconómicos. Este *test* de razonabilidad ha sido aplicado pensando en una escala móvil, con la Corte, en particular, variando el grado en el que por la implicación se prescribe directamente al Estado lo que debe hacer. En *Soobramoney*, el estándar fue uno de simple racionalidad. La Corte simplemente preguntó si la política era racionalmente concebida y aplicada de buena fe¹¹⁷. Su investigación se limitó a si la política, en sí misma, fue racionalmente vinculada al objetivo de facilitar el acceso a los servicios de salud, en el sentido de que, dentro de los límites de la lógica, se podía lograr su objetivo.

La norma aplicada en *Grootboom* fue claramente mucho más sustancial. La Corte indicó que su estándar de razonabilidad exige que las políticas y programas del Estado, destinadas a aplicar los derechos socioeconómicos, sean comprensivas y coherentes, coordinadas, flexibles, que incluyan todos los sectores significativos de riesgo de la sociedad, sensibles a los distintos grados de privación y razonablemente implementadas y concebidas. En conjunto, estos factores indican que la Corte en *Grootboom* necesitó un vínculo más fuerte, entre la política en cuestión y su objetivo mandatorio constitucional, que en *Soobramoney*. La Corte reduce significativamente la gama de opciones de política que sería legítimo para el gobierno escoger y piensa en la eficiencia relativa de las diferentes opciones de políticas; ahora el asunto parece haberse convertido en si la política en cuestión estuvo *tendiente* a lograr su objetivo.

116 *Ibidem*, párr. 135, párr. 3(b) de la orden.

117 *Soobramoney* n 50 precedente, párr. 25 y 29.

En *Treatment Action Campaign*, el control se vuelve aún más estricto. Aparte de añadir un nuevo factor a la lista de elementos que sirven para determinar la razonabilidad de las políticas (transparencia)¹¹⁸, la Corte aquí limita aún más el rango de opciones políticas que podrían ser razonables, a la luz del derecho a tener acceso a los servicios de salud. La Corte en *Treatment Action Campaign* obtiene una serie de fundamentos de hecho muy detallados¹¹⁹, interroga la sabiduría de la decisión política del gobierno de no ampliar el suministro de Nevirapina más allá de los sitios piloto designados de manera cerrada¹²⁰, y considera a la opción propuesta por los demandados en el asunto, como superior en varios aspectos frente a la posición del gobierno¹²¹. En efecto, la Corte en *Treatment Action Campaign* se acerca a cuestionar si la opción política escogida por el gobierno *alcanzará* la finalidad dispuesta en el mandato constitucional.

En *Khosa* el control de la Corte es aún más intenso. En *Khosa*, la Corte encuentra las medidas que excluyen a los residentes permanentes de la red de asistencia social no razonables, porque los propósitos de la exclusión (para evitar que las personas que emigran a Sudáfrica se conviertan en una carga para el Estado), podrían lograrse a través de medios menos restrictivos de los derechos de los residentes permanentes (control más estricto de acceso al país), y porque 'la importancia de proporcionar acceso a la asistencia social a todos los que viven permanentemente en Sudáfrica, y el impacto que causa en la vida y en la dignidad la denegación de tal acceso, son aspectos mucho más importantes que la situación financiera y las consideraciones de inmigración en las que se basa el Estado'¹²². La Corte aquí aplica un criterio de proporcionalidad a las medidas del Estado: las medidas en cuestión tienen que ser necesarias y la importancia del propósito de las medidas debe superar los efectos negativos que tienen sobre los derechos e intereses individuales.

118 *Treatment Action Campaign*, n 91 precedente, párr. 123.

119 La Corte, por ejemplo, rechazó los argumentos del Estado respecto de que la Nevirapina no era segura para ser usada en la prevención de la transmisión de madre a hijo del VIH (*idem*, párr. 60–63) y de que no existió capacidad para asesorar a los pacientes antes de la administración de la Nevirapina y de monitorear el uso y los efectos del medicamento después de su administración, fuera de los lugares pilotos designados (párr. 84–88).

120 *Ibidem*, párr. 48–81.

121 *Ibidem*, párr. 93–95.

122 *Khosa*, n 92 precedente, párr. 65 y 82.

La pregunta que surge ahora se da en relación, no sólo a si las medidas en cuestión lograrán su objetivo constitucional, sino además en si éstas son las únicas medidas que pueden hacerlo.

Por último, en *Port Elizabeth Municipality*, la Corte va más lejos. En este caso, la Corte basada en una consideración contextual de una serie de factores, no sólo encuentra que los ocupantes no pueden ser desalojados sin ser previamente provistos con un alojamiento alternativo adecuado —un análisis que requirió ya de la Corte, entrar en una significativa medición del equilibrio de intereses y evaluación de políticas—, pero va tan lejos como para prescribir al Estado cuál sería el alojamiento alternativo adecuado para los ocupantes, rechazando las ofertas de tierras alternativas que el Estado ha hecho e indicando los requisitos básicos que un terreno adecuado debe cumplir¹²³.

El mismo enfoque de *'escala móvil'* es puesto en el enfoque de reparación de la Corte. Como se explicó anteriormente, la Corte ha mostrado una inclinación a proporcionar una reparación solamente declarativa, no obligatoria, en los casos de deber de cumplir, y ha evitado el uso de decisiones judiciales estructurales, tratando de esta manera de evitar la prescripción de las opciones de políticas específicas al Estado. Pero de nuevo, la medida en que ha logrado de esta manera dejar una serie de opciones abiertas al Estado, difiere en cada caso. En *Grootboom* la Corte emitió una simple sentencia declarativa, sin prescribir al Estado qué tipo de medidas debía adoptar para tener en cuenta las necesidades de las personas sin hogar¹²⁴. En *Treatment Action Campaign*, su orden era más específica: emitió una sentencia declarativa pero de forma conjunta con una orden, disponiendo al Estado mantener Nevirapina disponible en todos los establecimientos de servicio de salud pública para prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo, y disponiéndole la adopción de un plan general para luchar contra transmisión del VIH de madre a hijo¹²⁵. Aunque, como se explicó anteriormente una medida de deferencia al juicio de la administración de salud del Estado está precisamente construida en la mencionada orden mandatoria, la orden de *Treatment Action Campaign* es, sin duda, mucho más concreta y directa que la orden en *Grootboom*. En *Khosa*, la Corte otorgó su orden más específica: no sólo es muy

123 *PE Municipality*, n 37 precedente párr. 54.

124 *Grootboom*, n 88 precedente, párr. 99.

125 *Treatment Action Campaign*, n 90 precedente, párr. 135.

específica en qué ajustes requiere que el Estado realice en su conducta (el Estado debe incluir simplemente a los residentes permanentes en su red de asistencia social), llega tan lejos, hasta ponerse en los zapatos de la legislatura y a hacer la interpretación necesaria en la disposición legal refutada¹²⁶.

La Corte no ha indicado explícitamente cuáles principios y factores influyen en ella para mostrar más o menos deferencias en diferentes casos. Un análisis y comparación de las diferentes sentencias muestra que en términos generales, dos factores determinan este asunto: en qué medida la cuestión que nos ocupa se considera de carácter técnico, quedando fuera de la capacidad de la Corte, por una parte (en este caso la Corte es, por ejemplo, influenciada por la cuestión de si los derechos que ella está haciendo cumplir están o no definidos en la legislación; si son prerrogativas negativas o positivas; o, si las cuestiones técnicas que se plantean en el caso pueden resolverse con referencia a peritos o las opiniones de organismos de expertos fuera del ámbito del Estado); y la severidad de la privación y la exclusión social en el momento de decidir en el caso.

2.2. Legitimidad constitucional

Una de las líneas de argumentación más fuertes planteadas en contra de la idea de los derechos socioeconómicos constitucionales judiciales, cuando la constitución de Sudáfrica fue redactada, era que su inclusión podría amenazar la legitimidad del proyecto constitucional en su conjunto, que incluir dichos derechos en la Constitución podría aumentar las expectativas en las personas pobres acerca de que, en efecto, dichas personas tienen derecho a recibir ciertos recursos vitales por parte del Estado, solamente para que estas expectativas existan (y la confianza de los ciudadanos en la Constitución y en las cortes) defraudadas por la realidad económica y la incapacidad judicial, o la falta de voluntad para hacer cumplir estos derechos enérgicamente¹²⁷. Como comentario académico acerca de la jurisprudencia sobre derechos socioeconómicos emitida por las cortes sudafricanas hasta la fecha, esta línea de argumentación ha formado la base para algunas de las más incisivas críticas sobre la actuación de nuestras cortes.

¹²⁶ *Khosa*, n 92 precedente, párr. 98.

¹²⁷ *Davis*, n 9 precedente, párr. 488-490.

En primer lugar, la Corte Constitucional ha sido criticada por la forma en que ha aplicado sus normas de revisión de razonabilidad. La Corte ha utilizado estas normas como un estándar de revisión de la política general. Es decir, en lugar de interpretar los derechos socioeconómicos constitucionales como la creación de derechos individuales para que ciertas personas pobres puedan concretar cosas, la Corte ha optado por examinar las medidas del Estado en términos generales y por resarcir por medio de órdenes que requieren ajustes generales en la política o en la legislación. Este enfoque ha llevado a la crítica de que la Corte ha interpretado los derechos socioeconómicos como derechos de políticas razonables solamente, en lugar de derechos a nada en particular, y que su enfoque significa poco para la situación del día a día de los pobres¹²⁸. Adicionalmente, la Corte ha sido criticada por su falla en la implementación de sus órdenes de manera eficaz. Los comentaristas han señalado que la orden declarativa de la Corte en *Grootboom*¹²⁹ ha sido para todos los efectos y propósitos, ignorada por el Estado, y que ningún ajuste sustancial en la política ha resultado de la misma¹³⁰. También con respecto a *Treatment Action Campaign*¹³¹, donde un cambio mayor, en la política y la práctica con respecto a la prevención de la transmisión del VIH de madre a hijo se ha producido con posterioridad a la orden de la Corte Constitucional, se ha demostrado que esto se debió principalmente a la supervisión sostenida y la presión política ejercida por los actores en el caso, la Campaña de

128 S. Liebenberg, 'South Africa's evolving jurisprudence on socio-economic rights: An effective tool in challenging poverty?' (Evolución de la jurisprudencia de Sudáfrica en derechos socioeconómicos: ¿Una herramienta efectiva contra la pobreza?, 2002, 6 *Law, Democracy and Development* (Ley, Democracia y Desarrollo) 159; M. Pieterse 'Resuscitating socio-economic rights: Constitutional entitlements to health care services' (Resucitando los derechos socioeconómicos: Prerogativas constitucionales para los servicios de atención en salud), 2006, 22 *South African Journal on Human Rights* (Periódico de Sudáfrica sobre Derechos Humanos) 473.

129 n 89 precedente.

130 En un número de casos recientes, las cortes han traído a colación que el Estado, para todos los intentos y propósitos, simplemente ha ignorado la orden establecida en *Grootboom* y ha puesto en su lugar medidas no perceptibles para hacerse responsable del apuro de aquellas personas que se encuentran en crisis de vivienda. Véase, por ejemplo, *Modderklip*, n 30 precedente, párr. 22. Véase también K. Pillay, 'Implementation of *Grootboom*: Implications for the enforcement of socio-economic rights' (Implementación del caso *Grootboom*: Implicaciones para la aplicación de los derechos socioeconómicos), 2002, 6 *Law, Democracy and Development* (Ley, Democracia y Desarrollo), 255.

131 n 91 precedente.

Acción pro Tratamiento, y de ningún modo a los esfuerzos de la Corte¹³². Esto ha llevado a académicos a argumentar que la Corte debió, en tales casos, adoptar un enfoque más persuasivo para las reparaciones e imponer al Estado sentencias que detallen las medidas a tomar, y permitir a la Corte mantener su jurisdicción sobre el caso a fin de supervisar la aplicación de la orden por sí misma.

Estos problemas, en la medida en que los derechos socioeconómicos son aplicados por las cortes, y en efecto han funcionado como los derechos que ofrecen a las personas el acceso a recursos concretos, son serios y no deben ser subestimados. La amenaza relacionada a la legitimidad de la constitución y la idea de los derechos humanos en su conjunto, que pudiera resultar de las expectativas defraudadas de los pobres, ciertamente debe tenerse en cuenta. Sin embargo, estos problemas deben ser puestos en perspectiva.

En primer lugar, es sólo en una pequeña minoría de los casos relacionados con derechos socioeconómicos en que estos problemas, sobre los derechos individuales y el éxito de la aplicación de las órdenes, emergen. Primero, en los casos en que los derechos estatutarios de segundo orden o los derechos socioeconómicos ejecutivamente definidos se hacen cumplir, los beneficios resultantes de un actor individual o grupo de demandantes ante la Corte son inmediatos y pueden ser ejecutados sin problemas, como ejemplos, se puede pensar únicamente en casos como los de *Port Elizabeth Municipality*¹³³, donde se retienen las órdenes de desalojo, con la consecuencia de que los ocupantes de las tierras en cuestión están autorizados a permanecer en la tierra que hasta entonces han ocupado ilegalmente, pero ahora con la sanción de una Corte, en una capacidad jurídica regularizada. Segundo, también en los casos de primer orden, es decir, casos resueltos directamente sobre la base de un derecho socioeconómico constitucional, hay muchos ejemplos de decisiones a partir de las cuales los demandantes han obtenido beneficio directo y con-

132 Para un recuento, véase M. Heywood, 'Preventing mother-to-child HIV transmission in South Africa: Background, strategies and outcomes of the Treatment Action Campaign case against the Minister of Health' (Prevención de la transmisión del VIH de madre a hijo, en Sudáfrica: Antecedentes, estrategias y resultados del caso de la Campaña de Acción pro Tratamiento contra el Ministerio de Salud), 2003, 19 *South African Journal on Human Rights* (Periódico de Sudáfrica sobre Derechos Humanos), 278.

133 n 38 precedente.

creto, y con respecto a los cuales el cumplimiento de las órdenes no ha sido problemática. Un buen ejemplo serían los casos del deber de respetar, como en *Jaftha*¹³⁴: aquí la decisión resultó en una modificación ejecutada por la Corte en la Ley de Cortes de Magistrados, con el resultado inmediato de que la venta en la ejecución de los hogares de los reclamantes en cuestión fue anulada. En efecto, los hogares de los reclamantes les fueron devueltos y, por supuesto, las ventas posteriores en ejecución de los hogares de personas indigentes que debían ejecutarse por deudas insignificantes fueron prevenidas. Tercero, incluso en algunos de los casos difíciles de deber de cumplir, han surgido beneficios inmediatos y directos para los demandantes y la puesta en práctica de los fallos ha sido menos difícil que en otros. Así, por ejemplo, en *Khosa*¹³⁵ la interpretación de la Corte Constitucional de las disposiciones ofensivas de la Ley de Asistencia Social, hizo posible inmediatamente que los indigentes elegibles que se presentaron ante la Corte –y otros en su posición– solicitaran el acceso para la pensión de vejez, y para sus hijos el acceso al otorgamiento de pensión de alimentos. Igualmente, en *Treatment Action Campaign*¹³⁶, no hay duda de que el cambio en la política estatal y la práctica a que la orden dio lugar (gracias a los esfuerzos de la Campaña de Acción pro Tratamiento y no a la Corte), literalmente, salvó miles de vidas, en vista de que la Nevirapina fue de hecho puesta a disposición donde anteriormente no lo estuvo.

El problema de los derechos ‘vacíos’ que son, en cualquier caso, imposibles o difíciles de aplicar, se plantea sólo en muy pocos casos. Aquí *Grootboom*¹³⁷ es el mejor ejemplo. Es un caso interesante relacionado con este problema en dos aspectos. En primer lugar, involucraba un asunto (la cuestión de si el Estado está constitucionalmente obligado o no, independientemente de la limitación de sus recursos, a proporcionar vivienda a personas sin hogar), que inevitablemente enfrentaba los intereses de un grupo de personas pobres (personas sin un lugar para vivir) contra los intereses de otro grupo similar de personas pobres (personas que viven en algún tipo de vivienda rudimentaria, a la espera de la ayuda del Estado para acceder a formas

134 n 20 precedente.

135 n 92 precedente.

136 n 91 precedente.

137 n 89 precedente.

de vivienda más adecuadas). En segundo lugar, la conclusión de la Corte en *Grootboom*, de que el Estado debe tener en cuenta las necesidades de las personas 'absolutamente sin hogar' y, por tanto, adoptar un plan, programa o política por medio del cual hacerlo, no indica una medida fácilmente identificable y definible que el Estado debe adoptar y aplicar, como sí sucedió en los casos de *Treatment Action Campaign* y *Khosa*. De hecho, en estos casos, existe una amplia gama de diferentes formas en que el problema de la aguda carencia de hogar se puede abordar. En resumen, *Grootboom* es un ejemplo de un caso en que simplemente no existe solución mágica para el problema que nos ocupa: que el problema llegó a la Corte, precisamente porque había demostrado ser un tema difícil de tratar en cualquier lugar y no se convirtió en más sencillo, simplemente porque este haya llegado a la Corte. En tales casos, parece existir una posición defendible para la Corte, considerar que no puede hacer más que establecer en un amplio esbozo normativo, lo que es deber del Estado respecto al problema presente, dejando los detalles de la planificación y ejecución, a la mayor capacidad legislativa y ejecutiva.

Por último, es una exageración decir que *Grootboom* no ha dado lugar a beneficio tangible alguno para los pobres. *Grootboom* ha tenido un efecto importante. Ha dado lugar a un cambio en la ley: se estableció que efectivamente existe un deber legal en el Estado para tener en cuenta las necesidades de las personas sin hogar. En los casos posteriores a *Grootboom* en los que el Estado ha tratado de desalojar a los ocupantes ilegales de tierras privadas o estatales, las cortes se han mostrado dispuestas a rechazar las solicitudes de órdenes de desalojo y ordenar al Estado, en efecto, a permitir que el grupo de los ocupantes permanezca en la tierra en cuestión o encontrar alternativas de alojamiento adecuado para ellos, precisamente porque podría señalar la obligación legal establecida en *Grootboom* y podría, además, señalar que el Estado no ha dado aún, en un sentido general, cumplimiento a esa obligación. La actitud de las cortes en estos casos ha sido que el Estado se coloque en los términos establecidos en *Grootboom*; en vista de que no ha hecho nada para dar efecto a la orden de *Grootboom*, las cortes se han mostrado dispuestas a actuar de manera mucho más enérgica que en otros casos¹³⁸. En

138 Véase por ejemplo, las decisiones en *Modderklip*, n 30 precedente; *PE Municipality*, n 38 precedente; y *City of Cape Town v Rudolph* 2004 (5) SA 39 (C).

resumen, *Grootboom* creó el marco jurídico dentro del cual las cortes pueden proveer más tarde beneficios directos y tangibles a los pobres.

2.3. Políticas progresistas

La preocupación por el impacto que las sentencias, por medio de la judicialización de las cuestiones socioeconómicas, pueden tener en la capacidad de la sociedad para las políticas progresistas –su capacidad para participar y tomar en serio la acción social, destinada a lograr la transformación económica y social– viene en una variedad de formas. Me centraré en tres articulaciones de esta amplia preocupación.

La primera se describe mejor como una crítica de ‘falsa conciencia’ de los clásicos Estudios Legales Críticos, es decir, una crítica de que los esfuerzos para lograr justicia social por medio de los litigios basados en los derechos socioeconómicos, son en realidad, una hábil estratagema que genera expectativa entre las personas pobres respecto de que una real transformación social y económica se puede lograr de esta manera; mientras que, de hecho, un litigio de este tipo simplemente desvía preciosa energía política hacia una vía legal que no sólo no puede lograr un cambio progresista, sino que está, por definición, orientada hacia el mantenimiento del statu quo¹³⁹. Esta es potencialmente una poderosa crítica a la idea de que la transformación social y económica se puede lograr mediante la judicialización de los derechos socioeconómicos, en particular en Sudáfrica, donde la historia de la lucha política, que dio lugar a los profundos cambios de los años noventa, es precisamente una historia de lucha política extra-legal y donde, por consiguiente, su gran éxito está tradicionalmente vinculado al mérito de la acción política orgánica extraoficial. Sin embargo, una combinación de factores complica su aplicación actual como una crítica del desarrollo de la jurisprudencia de los derechos socioeconómicos en Sudáfrica. La abrumadora mayoría de la cual goza el gobierno dominante, dirigido por el ANC, en el proceso democrático electoral for-

139 M. Jackman, ‘Constitutional rhetoric and social justice: Reflections on the justiciability debate’ (Retórica constitucional y justicia social: Reflexiones sobre el debate de la justiciabilidad), en J. Bakan & D. Schneiderman (editores), *Social justice and the constitution: Perspectives on a social union for Canada* (La justicia social y la constitución: Perspectivas sobre una unión social para Canadá), 1992, 17 22.

mal¹⁴⁰, ha significado que, en un sentido práctico, existe muy poco incentivo para que los movimientos sociales orgánicos extraoficiales operen fuera de estos procesos formales, y pocas posibilidades de éxito en la promoción de sus intereses si de hecho lo hicieren. Al mismo tiempo, el gobierno del ANC, en particular bajo el liderazgo del actual presidente Thabo Mbeki, activamente se conceptualiza a sí mismo como un 'estado en vías de desarrollo' centralista, y como un gobierno, cuya legitimidad política está más allá de la duda, unilateralmente determina por sí mismo la agenda de transformación social que decide y ejecuta programas para dar efecto a la misma¹⁴¹.

Como una extensión de esa concepción de la función del Estado, el tipo de políticas orgánicas extraoficiales, con las que los movimientos sociales de base se encuentran involucrados y que muchos consideran esencial para la significativa transformación social y económica, es activamente desanimado, deslegitimado y opuesto por el Estado¹⁴². Desde este punto de vista, los canales legales de desafío a la política estatal que ridiculizan en términos de la crítica de 'falsa conciencia', en muchos casos se mantienen como la única alternativa viable de acción política de oposición. Y los movimientos sociales de Sudáfrica y las instituciones de la sociedad civil han sido, en muchos casos, muy hábiles en utilizar el proceso legal como tal. *Treatment Action Campaign* es el mejor ejemplo de esto. En *Treatment Action Campaign*, aun antes de las audiencias en la Corte Constitucional, la presión política generada por el litigio y por el control público al que las políticas de gobierno fueron sometidos durante el proceso, había persuadido al gabinete a anunciar que, de hecho, se crearía e implementaría 'tan pronto como sea posible' un plan para la provisión universal de Nevirapina en las instalaciones de salud pública, para combatir la transmisión materno-infantil del VIH al nacer¹⁴³. Dos go-

140 El ANC consiguió más de las dos terceras partes del apoyo electoral en todas las tres elecciones generales tras la liberación.

141 Véase al respecto, en general, E. Pieterse & M. van Donk, 'The politics of socio-economic rights in South Africa. Ten years after apartheid' (Las políticas de los derechos socioeconómicos en Sudáfrica. Diez años después del apartheid), 2004, 5:5 *ESR Review* (Revista ESR) 12.

142 Para una descripción de la oposición del estado a los movimientos sociales, véase D. McKinley & A. Veriava, *Arresting Dissent: State Repression and Post-Apartheid Social Movements* (El Arresto del Disentimiento: Represión estatal y Movimientos Sociales Post-Apartheid), 2005, Internet, <http://www.csvr.org.za/papers/papvt10.htm>, Acceso: 14 diciembre 2006.

143 Cabinet Statement on HIV/Aids (Declaración del Gabinete sobre el VIH/Sida) (17 abril 2002),

biernos provinciales, Gauteng y KwaZulu-Natal, habían roto filas incluso antes de eso¹⁴⁴. Una vez que la orden había sido dictada, las puertas se abrieron. A pesar de la importante obstinación, en particular en algunos gobiernos provinciales, en enero de 2003, el despliegue universal de la provisión de Nevirapina para la prevención de la transmisión materno-infantil del VIH durante el parto, había comenzado en todo el país¹⁴⁵. Además, la sentencia ha dado impulso a otras campañas de la Campaña de Acción pro Tratamiento. Así, por ejemplo, el eventual anuncio del gobierno, a mediados de 2003, de que el Estado comenzará con la planificación para proporcionar medicamentos antirretrovirales en todos los servicios públicos de salud a pacientes VIH positivos, para evitar la aparición de SIDA y para su tratamiento, se debe en gran parte a que ha sido motivado por la amenaza de litigios de similares éxitos. En este caso, el proceso legal y las victorias legales generadas fueron claramente vistas y utilizadas como parte de una lucha política extraoficial más amplia, y se convirtieron en puntos de encuentro: moneda política en esta lucha. *Treatment Action Campaign*, por lo tanto, parece contradecir las advertencias sonadas por los proponentes de la crítica de la ‘falsa conciencia’. Sin embargo, al mismo tiempo, el éxito del caso en este sentido es aleccionador. El éxito de *Treatment Action Campaign* demuestra la enorme cantidad de organización, investigación y activismo político y la lucha que se requiere para garantizar el verdadero éxito de los litigios sobre derechos socioeconómicos, incluso cuando, como fue el caso aquí, las cuestiones de hecho y de derecho –aunque de después de acaloradas disputas– son relativamente sencillas. Esto demuestra que un caso se puede ganar y que la victoria puede ser aprovechada si el litigio es manejado por un movimiento político de amplia base, con amplio apoyo y buena organización, con actual capital político y acceso al poder, y con amplios recursos humanos para recoger y analizar la

Internet, <http://www.gov.za/speeches/cabinet/aid02.htm>.

144 Ambos anunciaron que comenzarían la provisión de Nevirapina en todas las instalaciones públicas de salud donde exista la capacidad para administrarla. Véase Heywood, nota 11 precedente, en 294 y en 303-304. El gobierno provincial de El Cabo Occidental (no bajo el control del ANC en aquel tiempo) había también estado repartiendo Nevirapina y AZT universalmente en todas las instalaciones de salud pública a lo largo de dicha provincia (Heywood, nota 11 precedente, en 292).

145 *Ibidem*, en 315.

información, y para mantener la presión política sobre el gobierno. ¿Es este realmente un buen augurio para lo que sin duda en el futuro deben ser las demandas por los derechos socioeconómicos, demandas presentadas por pequeños grupos de personas indigentes, que no están políticamente bien organizados por causa de su situación física, quienes plantean complejas cuestiones de hecho y de derecho ante una corte, que no tienen acceso a las redes de investigadores y de información, que no necesariamente defienden intereses que gozan de un amplio apoyo político y que no pueden ejercer ninguna presión política de la cual hablar? La respuesta debe sin duda ser negativa, y de hecho, el fracaso en un caso como Grootboom, en el que la victoria legal se convierte en un cambio económico y social tangible parece ilustrarlo¹⁴⁶.

Una segunda forma en que los derechos socioeconómicos son a menudo mencionados para erosionar la posibilidad de una verdadera acción política, se da por un proceso de individualización: los derechos y las prerrogativas individuales que emanan de ellos pueden desplazar a los trabajos de apoyo colectivo y la acción política colectiva en el ámbito social, de modo que la única acción política en la que la gente participa está destinada a la promoción de los intereses propios¹⁴⁷.

Este tipo de ‘privatización del derecho’ ha sido bien documentada en las memorias históricas de los movimientos laborales en Europa, donde el creciente legalismo de la normativa laboral ha contribuido a la transformación de estos movimientos colectivos de defensa de la emancipación de los trabajadores como clase, en ‘organizaciones socializadas’ que representan los inte-

146 Véase D. Brand, ‘Minister of Health v. Treatment Action Campaign: The right to have access to health care services in the South African Constitution’ (Ministerio de salud contra la Campaña de Acción Pro Tratamiento: el derecho a tener acceso a los servicios de atención en salud en la Constitución Sudafricana), 2003, 11 *Tilburg Foreign Law Review* (Revista de Derecho Internacional de Tilburg), 671 700-702 para una discusión profunda sobre este punto.

147 Van der Walt, note 98 precedente, 324. Este tipo de crítica no debe, por supuesto, ser exagerada. La utilidad práctica de los derechos –también de los derechos conceptualizados de una forma puramente individual– para ayudar a las personas pobres a resolver los problemas reales en sus vidas es, en muchos casos, innegable. Véase al respecto, L. Williams, ‘Issues and challenges in addressing poverty and legal rights: A comparative United States/South African analysis’ (Temas y desafíos en el abordaje de la pobreza y derechos legales: Un análisis comparativo Estados Unidos/Sudáfrica), 2005, 21 *South African Journal on Human Rights?* (Periódico de Sudáfrica sobre Derechos Humanos).

reses individuales de consumo de sus miembros. La composición del grupo pierde su dimensión política, convirtiéndose, por el contrario, en un instrumento para la promoción de intereses individuales¹⁴⁸. No voy a expresar una opinión sobre la medida en que el lenguaje de los derechos y la reconceptualización de las políticas sociales y económicas, en términos de lenguaje de los derechos en un sentido amplio, puede dar lugar a este problema. Sin embargo, en el contexto límite de la operación de los derechos en la judicialización, la Corte Constitucional de Sudáfrica ciertamente ha mostrado ser consciente de este problema desde el principio y ha diseñado su criterio para decidir los casos sobre derechos socioeconómicos, como para tenerlo en cuenta. En la primera decisión respecto de derechos socioeconómicos –*Soobramoney*–, el juez Sachs describió el problema, en su opinión concurrente sobre el derecho a la atención de la salud, de la siguiente manera¹⁴⁹:

Los derechos de atención en salud por su propia naturaleza, deben ser considerados no sólo en un contexto jurídico tradicional, estructurado en torno a las ideas de la autonomía humana, sino además en un nuevo marco analítico, basado en la noción de la interdependencia humana. Una vida saludable depende de la interdependencia social: la calidad del aire, agua e higiene, que mantiene el Estado para el bien público; la calidad de las relaciones individuales de cuidado, que están altamente correlacionadas con la salud, así como la calidad de la atención de la salud y el apoyo oficial proporcionado por las instituciones médicas y provistas informalmente por familiares, amigos y la comunidad.

(...) En consecuencia, los análisis de los derechos tradicionales deben adaptarse para tener en cuenta los problemas especiales creados por la necesidad de proporcionar un amplio marco de principios constitucionales que rigen el derecho de acceso a los escasos recursos y para juzgar entre los titulares de derechos en conflicto. Cuando los derechos por su propia naturaleza, son compartidos e interdependientes, arrojando un equilibrio adecuado entre los derechos igualmente válidos o expectativas de una multitud de solicitantes, no debe considerarse como la imposición de límites a los derechos... sino

148 AAG Peters, 'Law as Critical Discussion' (El Derecho como Discusión Crítica), en G. Teubner (editor), *Dilemmas of Law in the Welfare State* (Dilemas de la Ley en el Estado de Bienestar), 1986, 250 276.

149 *Soobramoney*, n 50 precedente, párr. 54.

como la definición de las circunstancias en las que los derechos pueden disfrutarse de la manera más eficaz y efectiva.

Tras esta explicación, la Corte ha tenido cuidado para desarrollar su enfoque en la revisión de casos sobre derechos socioeconómicos –en particular en aquellos relacionados con el deber de cumplir– y dar expresión a este entendimiento contextual más colectivo de derechos. Como se ha explicado anteriormente, la Corte ha aplicado desde el principio su estándar de revisión razonable en estos casos de manera generalizada, en lugar de en un sentido individual. Es decir, en un caso como *Soobramoney*, por ejemplo, en lugar de preguntar si el señor Soobramoney tenía individualmente el derecho a recibir tratamiento de diálisis renal o no, la Corte preguntó si las directrices de criterio o política en cuyos términos el hospital estatal en cuestión había decidido no darle acceso al tratamiento, hacían sentido razonable o no; en otras palabras, si la manera en que el estado eligió repartir el acceso a un recurso limitado a todos los necesitados de atención de salud, era constitucional o no.

En un caso como *Grootboom* a su vez, la corte una vez más no preguntó si la comunidad de Grootboom, como un discreto grupo de personas, tenía derecho a ser acogido por el Estado o no, sino que evaluó en qué medida la política de vivienda del Estado era constitucional o no, en la extensión en la que se hicieran provisiones para las necesidades semejantes de todas las personas. Como se ha señalado anteriormente, la Corte ha sido duramente criticada por este enfoque ‘generalizado’ en la aplicación de derechos, con acusaciones de que su actuación ha hecho que los derechos socioeconómicos pierdan todo contenido significativo. Estas acusaciones, he argumentado, son exageradas, pero más importante parece que las mismas pierden de vista el hecho de que existe una clara ventaja asociada a este enfoque de la Corte, si se tiene en cuenta la relación entre la labor de la Corte y la política progresista. Precisamente en el nivel en el que los asuntos de necesidad socioeconómica y de provisionamiento socioeconómico del Estado se encuentran más controvertidos –el nivel primario del debate en el que se determina la extensión y la naturaleza de las necesidades y en el que las necesidades son priorizadas– el enfoque de la Corte señala que estos son asuntos relacionados con un bien público más general, en lugar de intereses individuales y priva-

dos. El enfoque de la Corte, en otras palabras, pone de relieve las dimensiones políticas de los problemas de la justicia socioeconómica.

Una última manera en que las cortes que judicializan las demandas sobre derechos socioeconómicos pueden actuar en contra, deslegitimar o erosionar progresivamente la acción política, es si ellas participan, y de este modo confirman una serie de discursos sociales más amplios encaminados a despolitizar cuestiones de justicia social y económica. Una serie de comentaristas de diversas disciplinas han señalado que existen, en los discursos sobre la necesidad en las sociedades de estado de bienestar –es decir, los debates sobre aquellos problemas sociales de hambre, falta de vivienda y acceso inadecuado a la atención en salud, asistencia social y educación que dan lugar litigio sobre derechos socioeconómicos– constantes y generalizados intentos que emanan de algunos participantes para negar los elementos políticos (discutibles) de los debates y problemas. Así, por ejemplo, las cuestiones de pobreza, necesidad y privación se encuentran a menudo *personalizadas* en discursos dominantes: la condición de pobreza, de ser dependientes se atribuye a los rasgos de carácter personal, el fracaso, la anomalía de las propias personas pobres, en lugar de a las fuerzas sociales, políticas y económicas que realmente le dan forma¹⁵⁰. La pobreza y la necesidad también suelen *naturalizarse*. En este caso la pobreza y la privación se despolitizan por lo que se atribuye a causas ‘naturales’, totalmente fuera del control de la sociedad. Este proceso de naturalización puede producirse de dos maneras. La primera se da levantándose de hombros y sucumbiendo a la enormidad del problema de la pobreza: simplemente decir que hay mucho de eso y que siempre estará con nosotros. La segunda se da mediante el acto de unificar las causas de la pobreza, siendo estas causas inexorables sobre las cuales la sociedad no tiene ningún control, por ejemplo, las fuerzas intransigentes e impersonales del mercado mundial. Común a ambas afirmaciones es la idea de que la pobreza es, de alguna manera, ‘naturalmente’ parte de la estructura de nuestra sociedad, y, en consecuencia, siempre estará ahí, independientemente de lo que hagamos¹⁵¹. Una tercera estrategia retórica despolitizante empleada en el discurso político sobre la pobreza es el proceso de

150 *Williams*, nota 5 precedente en 569.

151 T. Ross, ‘The rhetoric of poverty: their immorality, our helplessness’ (La retórica de la pobreza: su inmoralidad, nuestro desamparo), 1991, 79 *Georgetown Law Journal* (Periódico Legal de Georgetown), 1499 1501.

instrumentalización del hablar de las necesidades¹⁵². El discurso político sobre la pobreza y la necesidad se produce en distintos ámbitos discursivos: dentro de los movimientos sociales informales y grupos de presión, órganos más formales de la sociedad civil como las ONG y la academia y, por último, dentro de los ámbitos discursivos oficiales como el Parlamento o los organismos administrativos especializados¹⁵³. Estos diferentes espacios discursivos ocupan posiciones de poder relativo en la lucha para determinar y fijar el sentido en la interpretación de las cuestiones de pobreza y necesidad. Las descripciones dadas a la pobreza y a la necesidad en los ámbitos discursivos oficiales como el Parlamento y los organismos administrativos especializados son oficialmente emitidos. Como tales ellos ejercen una influencia autoritaria en el discurso político en torno a la pobreza y la necesidad. Al mismo tiempo, la interpretación de la pobreza, la necesidad y la privación que se lleva a cabo en estos ámbitos discursivos oficiales está explícitamente despolitizando. Cuando el Parlamento, o un departamento de Estado habla de una necesidad particular y participa en la interpretación de esa necesidad, lo hace con un propósito específico. La necesidad en cuestión ha sido legitimada como merecedora de la intervención del Estado y su propósito es encontrar la mejor manera de satisfacerla: están en el proceso de ‘transformación de las necesidades politizadas en necesidades administrables’¹⁵⁴. Como tal, los asuntos politizados previamente con los que son confrontadas se convierten en ‘problemas técnicos para los administradores y planificadores... en contraposición a los asuntos políticos’¹⁵⁵. Este proceso de transformación despolitiza de dos maneras. En primer lugar, pone entre paréntesis los asuntos en cuestión como temas técnicamente complejos con los que, participantes ordinarios no expertos en el discurso sobre la pobreza, no pueden participar provechosamente. En segundo lugar, los participantes subordinados en el discurso son reposicionados –considerando que antes fueron participantes activos en el proceso de interpretación de sus necesidades, involucrados en acción política, ahora conver-

152 N. Fraser, ‘Talking about needs: interpretive contests as political conflicts in welfare-state societies’ (Hablando sobre necesidades: disputas interpretativas como conflictos políticos en las sociedades del estado de bienestar), 1989, 99 *Ethics* (Éticas), 291-299.

153 *Ibidem*, 295.

154 *Ibidem*, 306.

155 *Ibidem*, 299.

tidos en receptores pasivos de servicios—, sus necesidades predefinidas les son administradas por medio de un proceso de asistencia terapéutica¹⁵⁶. Como resultado de ello, su compromiso político es ganado.

A pesar de que la Corte Constitucional de Sudáfrica ha tenido precaución para evitar hablar de las cuestiones de la pobreza y las privaciones, a las que se enfrenta en los casos sobre derechos socioeconómicos, en las formas de naturalización y personalización descritos más arriba —haciendo hincapié en las causas políticas y contexto histórico de la pobreza en Sudáfrica y reiterando la obligación sobre el Estado y la sociedad en su conjunto para abordar los problemas de vivienda, insuficiencia de la atención de la salud y hambre— no ha evitado la trampa de la instrumentalización retórica.

Como era de esperar, una de las principales preocupaciones de la Corte Constitucional, en lo que va de los casos sobre derechos socioeconómicos, ha sido determinar el alcance de sus facultades de revisión con respecto a los derechos socioeconómicos. Esto fue especialmente cierto en sus tres primeros casos, *Soobramoney*, *Grootboom*, y *Treatment Action Campaign*. En estos casos, la Corte luchó con preguntas básicas como en qué tipo de cuestiones que se planteaban en los casos sobre los derechos socioeconómicos era competente para participar por completo; cuál de sus estándares de control debería aplicar en estos casos, y cuál es el alcance de su poder para decidir dónde ha ejercido su poder de revisión y encontró una violación de un derecho socioeconómico. Lo interesante es el lenguaje que la Corte ha empleado para justificar la elección que ha hecho a este respecto. En sus tres primeros casos, la Corte, cuando ha tratado con las diferentes cuestiones relacionadas con la naturaleza y el alcance de sus facultades de revisión, se ha basado, en primer lugar, en argumentos de ‘capacidad institucional’. El sustento de la Corte en estos argumentos de la capacidad institucional es en sí mismo poco controversial. Ciertamente, la Corte, cuando emplea esta retórica, entra en un discurso despolitizante e instrumentaliza de manera eficaz las cuestiones que está considerando, describiéndolas como ‘problemas técnicos para los administradores y planificadores... en contraposición a los asuntos políticos’¹⁵⁷. Sin

156 J. Habermas, ‘Law as medium and law as institution’ (El derecho como medio y el derecho como institución), en G. Teubner (ed), *Dilemmas of law in the welfare state* (Dilemas de la ley en el estado de bienestar), 1986, 204 210.

157 *Fraser*, nota 152 precedente, 299.

embargo, aunque hay lugar para argumentar acerca de la medida en la cual la Corte es institucionalmente incapaz en cualquier contexto dado, no se puede negar que está de hecho institucionalmente limitada y que la despolitización en la que solamente ésta se involucra basada en lo anterior es, hasta cierto punto, inevitable. Lo que hace problemático el uso de la Corte de su forma particular de ‘instrumentalización’ retórica, o más problemático de lo que sería de otro modo, no es tanto el hecho de que existan demoras, sino qué es lo que se demora. En los tres primeros casos, un segundo grupo de argumentos es central para la autolimitación de la Corte de sus facultades de revisión y decisión: ‘argumentos de cortesía constitucional’. La Corte se encuentra tan preocupada acerca de su incapacidad institucional, como sobre su *ilegitimidad* institucional. Cuando la Corte defiere, dejando de decidir sobre una cuestión particular, o de aplicar criterios estrictos de control, o imponer una orden intrusiva, ésta defiere no sólo la complejidad de las cuestiones a la mano, reconociendo que es incapaz de decidir sobre ellas. Más importante, la Corte defiere para, o defiere a favor de las *otras ramas del gobierno* –el ejecutivo, el legislativo o la administración del Estado– en el entendido de que ésta es, en el contexto de las esferas de poder institucional, el foro inapropiado para decidir sobre ellas. En resumen, el problema de definir la naturaleza y el alcance de las facultades de revisión de la Corte ‘se reduce en gran parte, si no exclusivamente, a una cuestión de separación de poderes’¹⁵⁸.

Ciertamente, uno podría argumentar a favor de la Corte que en su interés central, respecto del compromiso constitucional en la aplicación de los derechos socioeconómicos, se encuentra un interés con la democracia. La Corte, plenamente consciente de su posición como la rama del gobierno menos responsable democráticamente, se remite a los otros poderes, porque al hacerlo cree que respeta la voluntad democrática de la que los poderes políticos son los depositarios. Pero la concepción de la democracia, o de política o de los aspectos políticos que subyacen a este asunto es particularmente limitada. El interés de la Corte Constitucional, con el compromiso constitucional evidencia lo que Nancy Fraser ha descrito como un entendimiento *institucional*

158 F.I. Michelman, ‘The constitution, social rights, and liberal political justification’ (La constitución, derechos sociales, y justificación política liberal), 2003, 1 *International Journal of Constitutional Law* (Periódico Internacional de Derecho Constitucional), 13 15.

de la política y la democracia, en términos de que ‘una cuestión se considera política, si se maneja directamente en las instituciones del sistema oficial de gobierno, incluyendo parlamentos, aparatos administrativos, y otros’¹⁵⁹, y en términos de que la democracia sólo se produce dentro de estas instituciones del sistema oficial de gobierno. Esta comprensión de la democracia y la política está en contraste con lo que Fraser describe como un sentido discursivo de la política, en el que ‘algo es ‘político’ si es tratado a lo largo de diferentes y variados espacios discursivos y dentro de una gama de diferentes públicos, y en el que la democracia se produce no sólo en las instituciones del sistema oficial de gobierno, sino en todos estos ‘espacios discursivos’ y ‘públicos’ (oficiales y no oficiales).

Con este antecedente, resulta evidente que la instrumentalización retórica que la Corte emplea para justificar sus decisiones con respecto a la autolimitación de sus poderes, busca despolitizar las cuestiones de pobreza, necesidad y dotación social del Estado en dos sentidos. En primer lugar, y más evidente, la retórica de la Corte despolitiza en la medida en la que ésta describe los problemas en cuestión desde un concepto más técnico que político. Como se ha señalado anteriormente, esto puede, en cierta medida, ser visto como algo inevitable. Sin embargo, en segundo lugar, la retórica de la Corte despolitiza en la medida en que ésta relega el discurso sobre estos temas, incluso en su sentido técnico, totalmente a las ramas políticas del gobierno formalmente constituidas ‘cuya responsabilidad [y derecho], es hacer frente a estos temas’¹⁶⁰. El mensaje para aquellos otros ‘públicos’ no oficiales (movimientos sociales, ONG, ciudadanos comunes), que funcionan democráticamente en otros ‘espacios discursivos’ no oficiales es, por tanto, no sólo que las cuestiones que ellos tratan son difíciles en un sentido técnico, que requiere de un compromiso sostenido e informado, para las cuales podrían no tener la capacidad, al igual que la Corte. El mensaje es también que aquellos asuntos simplemente no son de su incumbencia, como tampoco lo son de la Corte. La retórica de la Corte no los proyecta como participantes activos en el proceso de interpretación de sus necesidades, participantes en la acción política, sino como receptores pasivos de servicios: sus necesidades, predefi-

159 *Fraser*, n 152 precedente, 297.

160 *Soobramoney*, n 50 precedente, párr. 29.

nidas por los poderes políticos del gobierno, les son administradas por medio de un proceso de asistencia terapéutica¹⁶¹.

En las decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Apelación sobre derechos socioeconómicos posteriores a *Soobramoney*, *Grootboom Treatment Action Campaign*, es posible ver los inicios de una tendencia compensatoria en la retórica de la Corte que está más estrechamente relacionada con una concepción discursiva o participatoria de la política y la democracia, y que a este respecto puede ser contrastada con la de la instrumentalización retórica de la Corte Constitucional en los primeros tres casos.

En primer lugar, en los casos en cuestión (*Khosa*, *Modderklip* y *PE Municipality*), la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Apelación han hecho hincapié en la gestión política de las personas pobres involucradas *vis a vis* con el gobierno, tomando en cuenta su desempeño, para la interpretación de los derechos en cuestión. En *Khosa*, el juez Mokgoro, por ejemplo, al considerar que el Estado tiene el deber constitucional de prestar asistencia social a los residentes permanentes indigentes en Sudáfrica (no ciudadanos), puso gran atención en el hecho de que los residentes permanentes tenían, por su condición, su suerte lanzada en Sudáfrica. En este sentido el juez Mokgoro señala que los residentes permanentes intentan convertirse en ciudadanos de Sudáfrica, que han hecho aquí sus hogares y han traído sus familias aquí, que para muchos, sus hijos han nacido aquí, que le deben lealtad al Estado¹⁶² y que pagan impuestos en Sudáfrica¹⁶³. Como resultado de ello, aunque todavía no sean ciudadanos formalmente, ellos han demandado su pertenencia a nuestra comunidad por medio del ejercicio de su gestión política y merecen ser tratados, tal como si fueran miembros de pleno derecho¹⁶⁴. En *Modderklip*, el juez Harms de la Corte Suprema de Apelación, igualmente hace hincapié en el papel de la gestión política de los propietarios y de los ocupantes ilegales en la determinación de la resolución del caso. En este sentido, el juez Harms señala que el propietario de las tierras había actuado en todo momento dentro de la ley y que buscó brindar una solución

161 *Habermas*, n 156 precedente, 210.

162 *Khosa*, n 92 precedente, párr. 59.

163 *Ibidem*, párr. 74.

164 *Ibidem*.

amistosa que pueda reivindicar sus derechos y los de los ocupantes ilegales¹⁶⁵; y que los ocupantes ilegales habían permanecido en la tierra sin la intención de obligar al Estado para que les provea de tierras con preferencia a otros, y también habían tratado de alcanzar una solución amistosa con el terrateniente y el Estado¹⁶⁶. Estos indicios de una actitud de compromiso político entre sí y con el Estado, juegan un papel importante en la eventual persuasión a la Corte, para que ésta decida a favor tanto del propietario de la tierra como de los ocupantes ilegales contra el Estado, el mismo que por el contrario ha fracasado en encontrar diligentemente una solución y ha renegado de los acuerdos alcanzados¹⁶⁷, a pesar del hecho de que había provocado la difícil situación de los ocupantes y el propietario de la tierra por desalojar previamente a los ocupantes ilegales de tierras estatales sin proporcionarles un alojamiento alternativo¹⁶⁸. Del mismo modo, en *PE Municipality*, la Corte Constitucional hace hincapié en la gestión política del grupo de ocupantes ilegales que el Estado intentó desalojar. Una vez más, el hecho de que habían ocupado las tierras en cuestión, no con el fin de obligar a la municipalidad para proporcionarles tierras alternativas con preferencia a otros, cuando son eventualmente desalojados, sino porque habían sido expulsados de otros lugares y no tuvieron otro lugar adonde ir¹⁶⁹, y el hecho de que habían tratado de negociar con los propietarios y el Estado, mientras que la municipalidad no había hecho ningún esfuerzo serio para llegar a una solución amistosa del caso, sino que se había apresurado a solicitar una orden de desalojo y había actuado de manera unilateral¹⁷⁰ en parte. Llevó a la Corte a la conclusión de que una orden de desalojo no puede ser concedida a menos que se provean tierras o viviendas alternativas habitables. De hecho, en *PE Municipality* estos factores, junto con otros, se consideraron tan importantes que la Corte tomó el sorprendente paso intrusivo de rechazar la oferta del municipio de dos posibles sitios alternativos, encontrando que no eran adecuados para las necesidades de los ocupantes ilegales.

165 *Modderklip*, n 30 precedente, párr. 33, 37-38.

166 *Ibidem*, párr. 25.

167 *Ibidem*, párr. 35-38.

168 *Ibidem*, párr. 35.

169 *PE Municipality*, n 38 precedente, párr. 49 y 55.

170 *Ibidem*, párr. 45, 55-57 y 59.

Ciertamente, uno tiene que advertir una nota de precaución en este punto. Así como con cualquier forma de retórica orientada a la comunidad, el énfasis de la Corte en estos tres casos sobre la ‘correcta’ acción política de los residentes permanentes, del dueño de la propiedad y de los ocupantes ilegales, corre el riesgo de ser interpretado como una forma de exclusión. Así, por ejemplo, la jueza Mokgoro explícitamente utiliza esta retórica para distinguir a los residentes permanentes de los otros no ciudadanos en Sudáfrica y, a continuación, sobre la base de esa distinción para negar a otros no ciudadanos la pertenencia a la comunidad sudafricana¹⁷¹. Igualmente, la referencia de las dos cortes, en *Modderklip* y *PE Municipality*, al hecho de que los invasores en cuestión habían ocupado tierras ilegalmente sin la intención de ‘saltarse’ la cola de provisión de vivienda, forzando al gobierno para que se les provea con alojamiento alternativo cuando fueran desalojados, efectivamente marca como ‘impropia’ la conducta de los ocupantes ilegales que han actuado de hecho con tal propósito y excluye su conducta (desde luego también fruto de la desesperación) de la esfera de la acción política ‘correcta’. A este respecto, las dos cortes corren el riesgo de crear una idea aceptable de acción cívica que hay que cumplir para formar parte de la comunidad política de Sudáfrica, excluyendo otras formas de acción política¹⁷². Sin embargo, este aspecto de los casos es importante porque, al menos, ubica a los residentes permanentes, a los dueños de la propiedad y a los ocupantes ilegales en el papel de actores políticos, que de forma activa (y legítima) participan en la interpretación de sus necesidades, junto con el Estado, que es a su vez solamente uno más de los participantes (aunque particularmente autoritario) en el proceso de interpretación de las necesidades. De esta manera, se evita el efecto de despolitización instrumentalista de la anterior retórica de la separación de poderes de la Corte Constitucional.

Esta nueva preocupación con la democracia participativa y la política discursiva muestra también la manera en que la Corte Constitucional y la

171 *Khosa*, n 92 precedente, párr. 59: ‘Por estas razones, excluyo a los residentes temporales’.

172 Véase al respecto K. van Marle, ‘Love, law and the south african community: critical reflections on “suspect intimacies” and “immanent subjectivity”’(Amor, ley y la comunidad sudafricana: reflexiones críticas sobre “intimididades sospechosas” y “subjetividad inmanente”), en H. Botha, A.J. van der Walt & JWG van der Walt, *Rights and democracy in a transformative constitution* (Derechos y democracia en una constitución transformadora), 2004, 231 y 245-246.

Corte Suprema de Apelación ejercieron y describieron sus poderes de reparación en los tres últimos casos. Esto es evidente, en primer lugar, en *Modderklip*. *Modderklip* fue presentado por el Estado como una situación sin solución. El Estado argumentó que no podía hacer cumplir la orden de desalojo de Modderklip contra los ocupantes ilegales, porque no tenía los recursos para hacerlo, especialmente en razón de que tendría que proporcionar tierras alternativas a los ocupantes ilegales que iban a ser desalojados¹⁷³. Tampoco sería capaz de hacerlo porque no tenía los recursos necesarios, pero más importante aún, debido a que proveer a los ocupantes ilegales de tierras alternativas les permitiría saltarse la cola de la provisión vivienda, legitimando por tanto un comportamiento social inaceptable¹⁷⁴. Esta posición del Estado es un ejemplo particularmente claro de la estrategia de naturalización a que se hacía referencia más arriba: el Estado lanza sus manos en el aire, abrumado por la naturaleza intratable de los problemas que enfrenta y así intenta eliminar los problemas en cuestión de la arena de disputa política. El juez Harms no es ambiguo en su rechazo a esta estrategia. Sosteniendo que “las cortes [y por ende el Estado] no deben ser intimidadas por problemas prácticos”¹⁷⁵, pero deben, en cambio, “moldear una orden que proveerá una reparación efectiva a todos aquellos afectados por una ruptura constitucional”, el procedió a encontrar una solución en donde el Estado afirmó que no existía una solución, ordenándole a pagar daños y perjuicios a los propietarios de las tierras y a permitir que los ocupantes ilegales permanezcan en el terreno en cuestión hasta que se encuentra un alojamiento alternativo. La retórica del juez Harms de ‘poder hacer’ contrarresta poderosamente los intentos del Estado sobre la despolitización, y ubica los tipos de cuestiones que se abordaron en el caso (falta de vivienda, invasión de tierras y desalojo) de lleno en el ámbito de la disputa política. Adicionalmente, por cuanto se sumó a la aplicación de una propuesta, que tanto el dueño de las tierras como los ocupantes ilegales habían hecho en el curso de su intento de negociaciones con el Estado¹⁷⁶, enfatiza la participación de esos actores políticos no oficiales en el proceso de definición de sus necesidades y la búsqueda de medios para sa-

173 *Modderklip*, n 30 precedente, párr. 13.

174 *Ibidem*, párr. 29.

175 *Ibidem*, párr. 42.

176 *Ibidem*, párr. 14.

tisfacérlas. Como tal, pone de relieve una comprensión participativa de la democracia y una comprensión discursiva de la política, y contrarresta la idea de que es sólo el Estado el que puede participar políticamente en los problemas y luego otorgar soluciones desde lo alto.

La tendencia de la repolitización continúa en la descripción de los poderes de reparación de la Corte Constitucional en *PE Municipality*. Tanto *Grootboom* como *Treatment Action Campaign* han sido criticados por la imposibilidad de la Corte para emplear medidas cautelares estructurales. En *Grootboom*, la Corte emitió una mera orden declarativa, dejando la reparación de la inconstitucionalidad en el programa de vivienda enteramente al Estado¹⁷⁷. En *Treatment Action Campaign*, de manera similar, la Corte emitió una orden declarativa, junto con una orden mandatoria requiriendo al Estado la remediación de la inconstitucionalidad en su programa para la prevención de la transmisión materno-infantil del VIH¹⁷⁸. Sin embargo, a pesar de confirmar que, efectivamente, tenía el poder para hacerlo, la Corte de nuevo se negó a emitir un interdicto de supervisión, sosteniendo que no había ninguna indicación de que el Estado podía no implementar correctamente su orden¹⁷⁹. Las críticas de los dos casos en este aspecto se han centrado en la medida en que el fracaso en la implementación de dicha reparación estructural ha cercado la efectividad de las reparaciones de la Corte¹⁸⁰. Sin embargo, Dennis Davis recientemente ha puesto de relieve, por el contrario, el papel de esa reparación estructural en la promoción de la rendición de cuentas democrática. Para él, el fracaso de la Corte en el empleo de una reparación estructural, ha provocado que pierda la oportunidad de permitir a los afectados por sus sentencias, a que participen en su implementación como agentes políticos activos y, como tal, ha socavado la idea de la democracia participativa¹⁸¹. En *PE Municipality*

177 *Grootboom*, n 89 precedente, párr. 99.

178 *Treatment Action Campaign*, n 91 precedente, párr. 135.

179 *Ibidem*, parr. 129.

180 Véase por ejemplo, K. Pillay, 'Implementation of *Grootboom*: Implications for the enforcement of socio-economic rights' (Implementación del caso *Grootboom*: Implicaciones de la aplicación de los derechos socioeconómicos), 2002, 6 *Law, Democracy and Development* (Ley, Democracia y Desarrollo), 255.

181 D. M. Davis, 'Socio-economic rights in South Africa. The record of the constitutional court after ten years' (Derechos socioeconómicos en Sudáfrica. El alcance de la corte constitucional luego de diez años), 2004, 5:5 *ESR Review* (Revista ESR), 3 6-7.

el juez Sachs parece prestar atención a esta petición. El juez Sachs, plantea la posibilidad de que una Corte pueda ordenar la mediación obligatoria entre las partes, aun en el evento de que decline a hacerlo¹⁸², en la prestación de una reparación en un caso de desalojo, como aquel con el que la Corte Constitucional tuvo que hacer frente. Es decir, una Corte puede realizar una decisión normativa, al describir los resultados que se requieren, en relación a las obligaciones Constitucionales y legales que están en juego en el caso, pero podría entonces ordenar a las partes a entablar un proceso de mediación con el fin de acordar los medios más adecuados con los que llegar a esos resultados¹⁸³. Como Charles Sable y William Simon han señalado¹⁸⁴, este tipo de decisiones estructurales de reparación ‘experimentalistas’¹⁸⁵ combina los aciertos de la Corte, que requieren que las obligaciones constitucionales sean cumplidas de una forma efectiva y práctica, sin dejar de ser respetuosa de su propia incapacidad institucional con respecto a los asuntos sustantivos involucrados en la implementación de sus decisiones normativas. Para mis propósitos esto muestra un mérito más importante. Las Cortes que emplean dicha reparación, sin duda, como Sable y Simon afirman, podrán seguir siendo adecuadamente respetuosas de su propia incapacidad institucional de deferir a otro foro respecto a la ejecución de sus órdenes. Sin embargo, las cortes no permitirán el deferimiento respecto de este tema a favor de las ramas políticas del gobierno solamente, como la Corte Constitucional se ha acostumbrado a hacerlo, sino también al *proceso político* en el sentido discursivo más amplio de la palabra, descrito anteriormente. De esta manera, las cortes serían capaces de subvertir la retórica instrumentalista, que parecería inevitable deben aplicar cuando se deciden demandas sobre derechos socioeconómicos, y dar efecto a un entendimiento participativo, en lugar de un entendimiento institucional de la democracia.

182 *PE Municipality*, n 38 precedente, párr. 47.

183 *Ibidem*, párr. 39-46.

184 C.F. Sable & WH Simon, ‘Destabilisation rights: How public law litigation succeeds’ (Derechos de desestabilización: Cómo triunfa la litigación de derecho público), 2004, 117 *Harvard Law Review* (Revista Harvard Law) 1016 1019 & 1053-1056.

185 Como opuesto a la regulación cautelar de ‘ordenar y controlar’; *Ibidem*, 1019.

3. Conclusión

En el debate internacional acerca de la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos, la respuesta más convincente a los argumentos opuestos a los derechos socioeconómicos justiciables no negó que los derechos socioeconómicos presenten problemas en el proceso de decisión, pero sí negó que estos problemas los marcan como *esencialmente diferentes* de otros derechos. Según esta línea argumentativa, todos los derechos imponen obligaciones positivas y negativas al Estado, dependiendo de las circunstancias en las que se aplican. Las dificultades en hacer cumplir judicialmente los aspectos afirmativos de los derechos socioeconómicos también se producen en hacer cumplir judicialmente estos aspectos en otros derechos. La conclusión es que una categorización rígida de los derechos entre los que son justiciables y los que no, es simplemente falsa. Todos los derechos se ubican en algún lugar a lo largo de un ‘espectro de justiciabilidad’, algunos más fácilmente justiciables que otros, y “la posibilidad y el papel de la ejecución judicial ... [debería] evaluarse y desarrollarse con relación a cada derecho humano”¹⁸⁶, en lugar de negarse a un conjunto o categoría de derechos.

Esta respuesta se ve corroborada por la experiencia de Sudáfrica con los derechos sociales y económicos justiciables hasta la fecha. Esas dificultades que fueron postuladas como las más severas ante las cortes sudafricanas embarcadas en su experimento con estos derechos –asuntos sobre la separación de poderes respecto a la capacidad judicial y su legitimidad descritos anteriormente– en el caso han demostrado ser las más fáciles de tratar. Esto ha sido así porque las cortes tratan con los mismos problemas en el proceso de revisión judicial sobre la base de todos los demás derechos constitucionales y, por tanto, tienen un amplio repertorio de mecanismos a su disposición para luchar contra ellos. Las objeciones que fueron menos prominentes en el momento en que el debate sobre la justiciabilidad estaba en su apogeo –objeciones relacionadas con el impacto más amplio de este tipo de litigios sobre la acción política extra-oficial– han demostrado ser para las cortes, los más intratables y difíciles de enfrentar en los casos sobre derechos socioeconómicos. Esto, por el contrario, es así porque en el proceso de revisión judi-

¹⁸⁶ An-Na'im, n 7 precedente, párr.7.

cial sobre la base de otros derechos distintos de los derechos socioeconómicos, los jueces que actúan sobre la base de una responsabilidad despolitizada de la ley y de su papel en su aplicación, habitualmente niegan la existencia de este problema y, por tanto, dejan de crear mecanismos para hacerle frente. Desde este punto de vista la decisión de las demandas sobre derechos socioeconómicos, en las que estas dificultades se presentan de nuevo con la revisión judicial como institución, tal vez representan una oportunidad para una reconsideración más amplia de la naturaleza de la institución. Como señalé en la discusión precedente, esta reconsideración más amplia, aunque todavía incipiente, ha comenzado en Sudáfrica.