

7. Canadá: reclamaciones sistémicas y diversidad de medidas judiciales

*Bruce Porter**

* El autor desea agradecer a Jaime Mor su útil asistencia editorial y de investigación, y al Social Sciences and Humanities Research Council Community-University Research Alliance su asistencia financiera para esta investigación (www.socialrightscura.ca).

Introducción

247

Canadá: reclamaciones sistémicas y diversidad de medidas judiciales

El éxito de las estrategias para el cumplimiento de los derechos sociales no debería medirse únicamente a partir del historial de cumplimiento de las medidas ordenadas por los tribunales o los juzgados. Las medidas judiciales fácilmente ejecutables pueden no ser efectivas para solucionar ciertas clases de violaciones de los derechos sociales. La preferencia de querellantes y tribunales por demandas que sean más fácilmente ejecutables tal vez consiga un mejor historial de cumplimiento, pero niega justicia a las víctimas al no prestar atención a aquellas violaciones sistemáticas de los derechos sociales que son más difíciles de hacer cumplir. Hace falta una evaluación más profunda de las estrategias de cumplimiento en relación con los objetivos y los propósitos de las reclamaciones de derechos consideradas, así como de los fines más amplios de las demandas judiciales sobre derechos sociales. Las consideraciones pragmáticas sobre qué clase de demandas es posible ganar y con cuáles obtener medidas judiciales ejecutables a corto plazo deben ponderarse con otras que miren hacia el futuro, hacia la mejora del papel de los tribunales en la realización de todos los aspectos de los derechos sociales, no solo de aquellos que se ajustan a los modelos tradicionales de exigibilidad judicial y cumplimiento.

En Canadá es evidente que hay una tensión entre las medidas judiciales más usuales o atractivas para los tribunales, que son más fáciles de implementar, y las que son más efectivas desde el punto de vista de las violaciones que los demandantes intentan solucionar. Lo que Louise Arbour ha descrito como “timidez” entre los demandantes y tribunales canadienses a la hora de promover reclamaciones de derechos sociales que conlleven medidas judiciales o cumplimientos más complejos, ha tendido a eximir importantes violaciones de los derechos sociales de su estudio por los jueces, y a menudo le ha negado acceso a la justicia a los miembros más desfavorecidos de la sociedad (Arbour, 2005, p. 7). El problema del cumplimiento de las medidas sobre

derechos sociales en Canadá es principalmente que no se reclaman ni ordenan remedios judiciales efectivos, no tanto que no se cumplan las medidas ordenadas. Cuando un Gobierno tiene un plazo para cumplir con una medida para remediar una violación constitucional, generalmente lo cumple, aunque a veces se han solicitado, y se han otorgado, extensiones del plazo.¹

La cláusula de excepción (“sin perjuicio de”) contemplada en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (en adelante la Carta)² permite al Parlamento o a los órganos legislativos provinciales exceptuar explícitamente ciertas normas de algunos derechos de la Carta. Las autoridades públicas de Canadá, por suerte, rara vez han recurrido a esa cláusula, salvo una vez para evitar el cumplimiento de una decisión judicial. En ese caso, el Partido Quebequés, que gobernaba Quebec, y que tenía razones históricas para resistirse a la aplicación de la Carta canadiense después de que se hubiera negociado sin el apoyo de la provincia, invocó la cláusula de excepción para conservar la ley de lenguas de Quebec, después de que el Tribunal Supremo hubiera determinado que violaba la Carta.³ Sin embargo, un gobierno posterior de Quebec modificó la ley después de que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas considerara una demanda presentada conforme al Protocolo Opcional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y determinase que la redacción de la ley también era contraria al Pacto.⁴

La necesidad de contar con remedios más efectivos frente a las violaciones sistemáticas de derechos sociales, en especial los contenidos en la Carta, ha sido identificada por los órganos de las Naciones Unidas como un asunto crucial en Canadá. Los relatores especiales encargados de los derechos a la vivienda y a la alimentación visitaron el país en misiones, y ambos subrayaron la necesidad de mecanismos institucionales mediante los cuales sean reclamables y ejecutables estos derechos. Han destacado que las tácticas remediales deben incluir estrategias nacionales coordinadas, involucrar a una variedad de sujetos,

1 Véase, por ejemplo, además de la decisión del Tribunal Supremo en *Eldridge vs. British Columbia* (Attorney General), [1997] 3 SCR 624 [*Eldridge*], Application for a Stay of the Decision of the SCC of the 9th of October, 1997, Court File No. 24896. Declaración jurada (*affidavit*) de Heather Davidson, el 25 de marzo de 1998.

2 Canadian Charter of Rights and Freedoms [Carta canadiense de Derechos y Libertades], parte I de la Constitution Act, 1982, Schedule B de la Canada Act 1982 (UK), 1982, c. 11 [la Carta canadiense o la Carta], sección 33.

3 *Ford vs. Quebec* (Attorney General), [1988] 2 SCR 712.

4 *Ballantyne, Davidson, McIntyre vs. Canada*, Communications 359/1989 y 385/1989, UN Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 y 385/1989/Rev.1 (1993).

e incorporar diversas medidas legislativas y programáticas.⁵ Se han hecho recomendaciones parecidas por parte del Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) en las revisiones de los informes periódicos de Canadá, de los miembros del Consejo de Derechos Humanos durante la revisión periódica universal, y de los comités parlamentarios que examinan los problemas de la pobreza y las personas sin vivienda en Canadá.⁶

Los gobiernos de Canadá no han implementado esas recomendaciones y se han opuesto activamente a interpretaciones de la Carta que proporcionarían remedios efectivos para las violaciones de derechos sociales. Como ha señalado reiteradamente el CDESC, los gobiernos han mostrado un patrón por el que instan “a los tribunales a una interpretación de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades que niegue la protección de los derechos del Pacto”.⁷ Los argumentos de los gobiernos en contra de que los tribunales tengan un papel más activo en la supervisión de la implementación de los remedios de derechos sociales no han sido, en gran medida, acogidos por el Tribunal Supremo de Canadá, pero este también ha sido tímido a la hora de afirmar la existencia de obligaciones positivas con respecto a los derechos sociales, y ha mostrado un patrón de evasión de las cuestiones más críticas sobre derechos sociales al negarse a admitir casos importantes.⁸

5 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Report of the Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living, and on the Right to Non-discrimination in this Context, Miloon Kothari - Addendum - Mission to Canada* (9 a 22 de octubre de 2007) (Tenth session, 2009) A/HRC/10/7/Add.3 (2009); Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Acnudh), Olivier De Schutter, *Special Rapporteur on the right to food: Visit to Canada from 6 to 16 May 2012: End-of-mission statement*. (<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12159&LangID=E>).

6 Para una descripción de las muchas recomendaciones sobre estrategias basadas en derecho para la vivienda y contra la pobreza, véase Porter (2014).

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, *Concluding Observations: Canada* (Thirty-sixth session, 2006), UN Doc E/C.12/CAN/CO/4 & E/C.12/CAN/CO/5 (2006) at para 11(b) [Observaciones finales 2006]. Un ejemplo reciente de este patrón puede leerse en *Factum of the Attorney General of Canada* in the Motion to Dismiss in *Tanudjaja vs. Canada* (Ont Sup Ct File n. CV-10-403688) (2011), analizado después. ([http://socialrights-cura.ca/documents/legal/motion%20to%20strike/Attorney%20General%20of%20Canada%20Factum%20-%20Motion%20to%20Strike%20\(R2H\).pdf](http://socialrights-cura.ca/documents/legal/motion%20to%20strike/Attorney%20General%20of%20Canada%20Factum%20-%20Motion%20to%20Strike%20(R2H).pdf)).

8 Véase, por ejemplo, Jennifer Tanudjaja, *et al. vs. Attorney General of Canada, et al.*, 2015 CanLII 36780 (SCC), que trata de la obligación de adoptar medidas positivas para ocuparse del problema de las personas sin hogar (analizado después); Nell Toussaint *vs. Attorney General of Canada*, 2012 CanLII 17813 (SCC), que se ocupa de los derechos a la salud de los inmigrantes; Denise Boulter *vs. Nova Scotia Power Incorporated and Attorney General of Nova Scotia*; Yvonne Carvery, Wayne MacNaughton and Affordable Energy Coalition *vs.*

Es posible reclamar remedios efectivos frente a violaciones de derechos sociales conforme a la Carta, y la lucha de los pobres en Canadá por conseguir acceso a la justicia sigue viva. El Tribunal Supremo ha sido claro al expresar que los derechos formulados ampliamente en la Carta, como el derecho a la seguridad de la persona o el derecho a la igualdad de beneficios contemplados por el sistema jurídico pueden interpretarse como incluyentes de los derechos económicos y sociales, y también ha reconocido la disponibilidad de una amplia variedad de remedios para los tribunales (Porter y Jackman, 2008; Porter, 2006). El Tribunal ha reconocido que el principio superior debe ser garantizar que los remedios sean efectivos para proteger y reivindicar los derechos en cuestión y respondan a las circunstancias del caso. Sin embargo, los tribunales inferiores han tendido a alinear sus interpretaciones de los derechos con aquellos que pueden remediar de inmediato, y atienden las mociones para archivar las demandas que solicitan remedios más sistémicos. Los defensores han seguido, en general, la misma tendencia y han evitado las demandas que solicitan de los tribunales una intervención más robusta en cuanto a los remedios y al cumplimiento, que a su vez pudieran generar una fatigante oposición del Gobierno y resistencia jurídica.⁹ Los supuestos tradicionales sobre competencia judicial limitada y sobre que la autoridad para remediar las violaciones de derechos sociales adopte la forma recomendada por los órganos de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas (adoptada por los tribunales en algunas jurisdicciones), continúan planteando los mayores obstáculos a la efectividad de las demandas sobre derechos sociales en el actual panorama jurídico de Canadá.

En el capítulo 3, César Rodríguez Garavito propone una matriz que describe los resultados efectivos de las sentencias sobre DESC y los organiza en cuatro cuadrantes.¹⁰ Igual que la valoración propuesta

Nova Scotia Power Incorporated and Attorney General of Nova Scotia, 2009 CanLII 47476 (SCC), que trata del acceso a la electricidad de los hogares pobres.

9 Dos ejemplos de mociones exitosas que consiguieron el rechazo de demandas sistémicas e impidieron el examen de las pruebas en audiencias judiciales son *Canadian Bar Assn. vs. British Columbia*, 2008 BCCA 92, en el que se buscaba un remedio sistémico para la inadecuada asistencia legal en asuntos civiles, y *Tanudjaja vs. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852 (CanLII), analizado después.

10 Rodríguez identifica los siguientes tipos de resultados: 1) una "sentencia de papel" es aquella en la que no hay ningún cumplimiento significativo del remedio ordenado, ni ningún efecto positivo real posterior en los derechos afectados; 2) "ganar perdiendo", cuando no hay ningún cumplimiento significativo de la medida ordenada, pero, a pesar de ello, la decisión tiene efectos positivos en la situación; 3) "un proceso judicial de suma cero" que tiene lugar cuando hay un cumplimiento significativo, pero los resultados dificultan, o no

en este capítulo, el enfoque de Rodríguez Garavito mide los resultados del cumplimiento en función del objetivo de hacer efectivo el derecho en cuestión. Sin embargo, en el contexto canadiense no solo es útil considerar los resultados con respecto a los objetivos de los casos específicos, sino considerar también en qué medida esos remedios pueden ser efectivos para hacer realidad las transformaciones más generales sobre derechos sociales que busca la litigación; asimismo, analizar las formas en las que la preferencia por los paradigmas tradicionales de ejecución judicial por parte de los jueces y demandantes puede haber impedido enfrentar violaciones estructurales fundamentales, y si enfoques más abiertos con respecto a los remedios y el cumplimiento no podrían atacar mejor ese tipo de violaciones, aun si crean también nuevos retos con respecto a la posibilidad de implementación. En este capítulo se consideran los retos para la implementación de las medidas judiciales a la luz de tres duplas opuestas de las estrategias basadas en medidas judiciales: 1) inmediatas y predefinidas, por oposición a medidas continuadas y determinadas mediante un proceso (duras frente a blandas);¹¹ 2) puntuales (que implican una norma, una prestación o acción exigible y un demandado) frente a multifacéticas (implican múltiples derechos o varios sujetos) y, 3) correctivas (de una deficiencia o una omisión en un programa, ley o derecho existente) frente a transformadoras (de los sistemas existentes de reconocimiento de derechos).

El propósito de este capítulo no es sacar conclusiones estadísticas sobre el cumplimiento exitoso de las decisiones finales en Canadá. Es demasiado pronto para evaluar las estrategias sobre cumplimiento de los derechos sociales solo a partir de resultados pasados. Eso podría limitarse a reforzar los patrones sistémicos de exclusión que funcionan en el sistema de justicia de Canadá, al circunscribir las estrategias de uso de los tribunales a aquellas que ganan por ajustarse a los modelos tradicionales remediales y de cumplimiento, pero que pueden excluir a los demandantes más marginados y las reclamaciones más importantes. En lugar de medir los resultados de cumplimiento de un sistema de justicia que les ha negado el acceso a muchos reclamantes de derechos sociales, este capítulo ofrece una óptica amplia mediante la cual considerar su efectividad. Espero que esta perspectiva pueda ayudar a garantizar que la elección de estrategias remediales en diferentes circunstancias está adecuadamente informada por los principios más

tienen, efectos positivos en los derechos reclamados; 4) “un proceso judicial de suma positiva” que tiene lugar cuando hay un cumplimiento significativo de la medida judicial y hay efectos positivos.

11 Para una discusión paralela de los remedios “blandos” frente a los “duros” en el derecho internacional véase Abbott y Snidal (2000).

generales de acceso a la justicia e inclusión, y que sea congruente con los objetivos transformadores de la práctica de los derechos sociales.

En Canadá, las demandas judiciales sobre derechos sociales son un asunto en desarrollo. Es importante continuar aprendiendo de nuestras experiencias aunque sea demasiado pronto para limitar las estrategias de litigio y cumplimiento a las que ya han tenido éxito en el pasado, o para abandonar modelos más transformadores que han fallado. Como es obvio, no hay una estrategia universalmente preferible en cuanto a las medidas remediales y de cumplimiento de los derechos sociales; su elección debe considerarse en cada caso, y las necesidades y la motivación de los reclamantes del derecho deben ser siempre un factor crucial. Los reclamantes de derechos sociales no siempre aspiran a conseguir cambios estructurales más amplios o un efecto transformador. Si el demandante solo pide corregir un sistema de derechos reconocidos con el fin de conseguir vivienda, alimentación o servicios de salud, tal vez siendo incluido en un beneficio ya existente, el remedio más efectivo y apropiado en las circunstancias puede ser uno de ejecución inmediata, que se aplique al reconocimiento de un único derecho e identifique un único gobierno demandado.¹² En otros casos, como en la denuncia de la situación de las personas sin vivienda, los demandantes pueden abordar el proceso judicial con fines claramente transformadores, identificar múltiples derechos y demandados, y exigir la implementación de estrategias continuadas con una participación significativa de los interesados. Es importante garantizar que se emplee una variedad de estrategias remediales y de cumplimiento, así como la efectividad del cumplimiento en todos los casos.

Un concepto potencialmente unificador aplicable a las reclamaciones individuales de beneficios discretos y a las demandas sistémicas con fines más transformadores es el de "razonabilidad". El concepto se ha aplicado en el derecho nacional e internacional para evaluar si

12 Un ejemplo de este enfoque con respecto a las medidas remediales puede verse en el caso *Toussaint vs. Canada* (Attorney General), 2011 FCA 213 (CanLII) (<http://canlii.ca/t/fm4v6>) y *Canadian Doctors for Refugee Care vs. Canada* (Attorney general), 2014 FC 651 (CanLII) (<http://canlii.ca/t/g81sg>), en el que se abordaron las obligaciones positivas de proteger la vida de los inmigrantes dándoles acceso a los servicios de salud, mediante una denuncia de las exclusiones o los recortes del programa federal de salud existente, llamado *Interim Federal Health Programme*. El resultado de esta estrategia fue una victoria formal en el caso *Canadian Doctors for Refugee Health Care*, pero una pérdida estratégica en la cuestión de las obligaciones positivas de garantizar acceso a los servicios de salud. En el caso *Toussaint vs. Canadá*, la demanda no tuvo éxito en el Tribunal Federal de Apelaciones y ha sido presentada como comunicación ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Véase *Nell Toussaint vs. Canada* HRC, 2348-2014 (<http://www.socialrightscura.ca/eng/legal-strategies-right-to-healthcare.html>).

los programas y las políticas públicas, y también las decisiones individuales con respecto a los beneficios específicos respetan las obligaciones de hacer efectivos progresivamente los derechos sociales mediante las medidas presupuestales, legislativas y políticas apropiadas (Porter, próxima publicación). La jurisprudencia incipiente del Tribunal Supremo de Canadá sobre estos temas reconoce un estándar parecido de “razonabilidad” con respecto al cumplimiento de los derechos, que puede aplicarse a una variedad de decisiones, leyes o políticas. Como se explicará después, aplica de diferentes formas a los límites razonables conforme a la Carta,¹³ a la obligación de acoger razonablemente las necesidades de los grupos desfavorecidos y a los estándares de razonabilidad del derecho administrativo relativos al ejercicio de la autoridad discrecional y las decisiones administrativas. Aunque el estándar de razonabilidad plantea problemas propios del cumplimiento, correspondientes a un estándar más contextual y orientado por valores, cabe discutir que los riesgos de este modelo de cumplimiento “más blando” muchas veces son superados por el potencial transformador de un proceso de decisión fundamentado en estándares de derechos que se aplique a una amplia variedad de sujetos y políticas, y que se base y sea congruente con los valores y las normas internacionales de derechos humanos.

Un uso de los tribunales diseñado en torno a estrategias remediales y de cumplimiento para enfrentar las violaciones sistémicas de los derechos sociales en Canadá puede generar improntas de cumplimiento menos llamativas que las que ya han conseguido los remedios más tradicionales ordenados por los tribunales canadienses. Los remedios que afectan a varios programas y políticas a la vez, y deben ser formulados e implementados a lo largo del tiempo por una variedad de sujetos, plantean retos importantes a su cumplimiento. A veces será más práctico evitar esas dificultades e intentar cambios más graduales mediante remedios puntuales e inmediatos. Sin embargo, es importante equilibrar esas consideraciones con el efecto a más largo plazo de la falta continuada de reclamación de remedios más apropiados para las violaciones sistémicas de los derechos sociales experimentados por muchos de los grupos marginados. Los que viven en pobreza o no tienen vivienda en Canadá rara vez son víctimas de violaciones puntuales de sus derechos. Identificar las estrategias remediales y de cumplimiento efectivas debe seguir siendo una tarea contextual, que dependa de la naturaleza de la violación y de la reclamación presentada, y eso sigue siendo cierto para una visión

13 Carta canadiense, sección 1.

incluyente del acceso a la justicia que debe ser el principio rector de la práctica de los derechos sociales

Tres dimensiones de las medidas judiciales y del cumplimiento

Medidas duras o blandas

254
Bruce Porter

Las medidas constitucionales que invalidan normas legislativas específicas, o que “interpretan” en la norma ya existente beneficios que hasta ese momento habían sido negados, pertenecerían a la categoría de remedios “duros”, es decir, a las medidas ordenadas y definidas por el Tribunal y que tienen efectos inmediatos. Esta clase de remedios ha sido aplicada a varios derechos sociales en Canadá. En general, han sido efectivos y no han planteado problemas con respecto al cumplimiento por parte de los gobiernos.¹⁴

Los remedios “blandos”, en cambio, son aquellos en los que los tribunales establecen un proceso a fin de determinar cuál es el remedio apropiado para el futuro. Las opciones de remedios blandos en las demandas de constitucionalidad en Canadá se han fundamentado en órdenes declaratorias de varias clases. En algunos casos, esas declaraciones han proporcionado simplemente guías a los gobiernos sobre sus obligaciones constitucionales y los tribunales han dejado a la discrecionalidad de los gobiernos decidir si aplicar las directrices del Tribunal y cuándo hacerlo. En otros casos, los tribunales les han comunicado a los gobiernos que han sido violados uno o más derechos, han establecido los parámetros de lo necesario para remediar la violación y les han proporcionado el tiempo para diseñar e implementar los cambios requeridos.¹⁵

Algunas clases de leyes y de funciones judiciales están restringidas a remedios declaratorios más blandos. El derecho internacional de los derechos humanos no es directamente exigible por los tribunales en Canadá si no ha sido incorporado a la legislación nacional. Sin

14 Un ejemplo de medida judicial de anulación que declaró completamente derogada una norma es el caso *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) vs. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) vs. Laseur*, 2003 SCC 54 [2003] 2 SCR 504, en el que las prestaciones laborales de los trabajadores se extendieron a los trabajadores con dolor crónico. El mejor ejemplo de remedio “interpretativo” en el campo de los derechos sociales en Canadá es el caso *Sparks vs. Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority*, (1993), 119 NSR (2d) 91 [Sparks], que extendió la seguridad de la protección en la posesión a los residentes de viviendas públicas. Esos casos se analizan después.

15 Un buen ejemplo de un remedio “blando” de esta clase es la bien conocida decisión en *Eldridge*.

embargo, conforme a la jurisdicción consultiva que les permite responder preguntas remitidas por los gobiernos, los tribunales canadienses han aconsejado acerca de cómo resolver la incertidumbre jurídica sobre derecho internacional.¹⁶ Los tribunales pueden dictar sentencias declarativas sobre cuestiones jurídicas para fines totalmente extrajudiciales, como informar las negociaciones políticas.¹⁷ Sin embargo, se aplican enfoques más firmes cuando se determina la violación de derechos constitucionales por la legislación existente o cuando son necesarias leyes nuevas o modificadas para solucionar la violación. En esos casos, los tribunales han diferido la declaración de inconstitucionalidad con el fin de proporcionar a un Gobierno el plazo para implementar un remedio apropiado, antes de que la legislación impugnada quede sin vigencia.¹⁸ Las estrategias recientes de uso de los tribunales en Canadá han aplicado también herramientas como requisitos de entrega de información, calendarios, supervisión y criterios mínimos de desempeño, y han diseñado mecanismos participativos como elementos importantes para hacer más efectivas las declaraciones de inconstitucionalidad diferidas.¹⁹ Esos remedios se pueden fortalecer si el Tribunal conserva su jurisdicción y asume un papel supervisor para garantizar que se implementen los procesos apropiados y los resultados se consigan en un tiempo razonable.²⁰

Como se describirá después, las demandas sobre derechos sociales en Canadá se han beneficiado de remedios blandos, mediante los cuales los tribunales proporcionan las directrices necesarias sobre la responsabilidad de un Gobierno y le dan plazo para diseñar y aprobar el remedio correspondiente. La implementación de procesos para remediar una violación dentro de un plazo ha facilitado la participación significativa de los interesados, y ha estimulado el desarrollo y la implementación de nuevos programas.²¹ Existe el riesgo, como es obvio, de que medidas judiciales más blandas permitan a los gobiernos implementar remedios más débiles que los que hubiera ordenado el

16 Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217.

17 Manitoba Metis Federation Inc. vs. Canada (Attorney General), 2013 SCC 14 at para 131; Dumont vs. Canada (Attorney General), [1990] 1 SCR 279, p. 280.

18 Schachter vs. Canada, [1992] 2 SCR 679 y Roach, (2002). Un buen ejemplo del uso de una declaración diferida de inconstitucionalidad con respecto al derecho a la salud es la decisión de Eldridge, analizada después.

19 Véase el análisis *infra* de Tanudjaja vs. Attorney General (Canada), 2013 ONSC 1878.

20 Doucet-Boudreau vs. Nova Scotia (Minister of Education), at para 136; Roach, Kent y Budlender (2005), y Roach, (2013).

21 Véase el análisis *infra* de Eldridge.

Tribunal, o preservar la desigualdad estructural en el diseño de nuevos programas que podría haberse solucionado mejor mediante órdenes inmediatas que ampliaran la legislación, o programas existentes para incluir a los grupos excluidos.²² Como veremos, el riesgo se ha materializado en algunos casos en Canadá. Cuando se han aprobado medidas más débiles, sin embargo, el problema no ha sido el incumplimiento de las sentencias de los tribunales por el Gobierno, sino más bien la falta de compromiso de tribunales y gobiernos para conseguir la igualdad sustantiva y la participación democrática de los grupos marginados y desfavorecidos. También argumentaré que hay necesidad de reconfigurar el “diálogo” constitucional en el país, usualmente concebido como una interlocución de dos vías entre las ramas Judicial y Legislativa, en un diálogo democrático más amplio y significativo con los reclamantes de derechos y con una variedad de agentes institucionales con respecto a los remedios y el proceso de cumplimiento. Reconfigurar los remedios blandos para promover mejores valores democráticos puede tener un papel importante a la hora de abordar el déficit democrático que existe actualmente en Canadá.

Derecho puntual frente a derecho multifacético

Una segunda dimensión que hay que considerar a la hora de valorar la tensión entre posibilidad de cumplimiento y efectividad es el grado en el que los remedios remiten a más de una norma jurídica, a más de un beneficio jurídico puntual, o a más de un demandado. Incluso los remedios más blandos que proporcionan a un Gobierno específico un plazo para modificar una ley poco incluyente o un sistema de beneficios podrían no ser apropiados para solucionar las violaciones estructurales de los derechos sociales relacionados con la interacción de varios programas y de sistemas legislativos, o con patrones sistémicos de toma de decisiones administrativas. Los remedios efectivos frente a la pobreza, la situación de no tener vivienda o la exclusión social necesitan ir más allá de un programa específico o de una ley concreta para solucionar las causas estructurales. Como descubrió Amartya Sen (1988) en sus primeras obras sobre la hambruna, las violaciones sistémicas de los derechos sociales suelen estar arraigadas en “fallas del sistema de reconocimiento de derechos”, que van más allá del programa o del derecho específico. En Canadá, los remedios efectivos frente a la violación de derechos sociales requerirán a menudo estrategias integrales y reformas programáticas amplias que cubran varias áreas

22 Véase el análisis *infra* de *Dunmore vs. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 SCR1016, 2001 SCC 94, *infra*.

de programas interrelacionados, como subsidios a familias de bajos ingresos, subsidios de vivienda y protecciones salariales (Porter, 2014).

Es también importante considerar los retos excepcionales del federalismo y de los sistemas modernos de gobernanza para diseñar estrategias dirigidas a hacer cumplir los derechos sociales en Canadá. Muchas violaciones de derechos sociales están conectadas con jurisdicciones interdependientes y coincidentes de los ámbitos federal, provincial y municipal de gobierno. Las demandas de derechos sociales pueden no ajustarse siempre al marco tradicional “ciudadano contra Estado”, aunque tal vez sea así como deban estructurarse formalmente las demandas de constitucionalidad nacional o las demandas internacionales de derechos humanos. Quienes tienen en la práctica la responsabilidad de garantizar la realización efectiva de los derechos (“los titulares de los deberes”) pueden incluir agentes privados, organizaciones no gubernamentales o niveles diversos de gobierno que van de lo local a lo federal. Es probable que todos esos agentes estén ligados entre sí mediante redes de responsabilidad delegadas y jurisdicciones coincidentes en parte, por lo cual sus funciones se mezclan cada vez más. Las organizaciones de la sociedad civil, vinculadas tradicionalmente a los reclamantes de derechos, cada vez intervienen más en la prestación o la administración de servicios o programas y, por tanto, se mueven en los dos lados de la división de demandante y demandado en las reclamaciones de derechos. El modelo tradicional de medida judicial, por el que el Tribunal se limita a ordenar al Estado que proporcione un derecho negado o cese una acción que viola un derecho, a menudo es inadecuado. Las estrategias sobre medidas judiciales y de cumplimiento deben prestar atención a los diferentes papeles que tienen los Estados, no solo como legisladores, sino también para garantizar que una diversidad de sujetos se comporta de manera congruente con la realización efectiva de los derechos sociales.²³ Los tribunales podrían tener que diseñar remedios que tengan un efecto facilitador

23 Cabe establecer una conexión entre la idea de remedios “duros” y “blandos”, y lo que Sabel y Simon llaman enfoques de “orden y control” frente a enfoques “experimentales” con respecto a los remedios estructurales en las demandas de interés público. “La regulación de orden y control [...] toma la forma de regímenes integrales compuestos de normas fijas y específicas, establecidas por una autoridad central. Estas reglas prescriben los insumos y los procedimientos operativos de las instituciones que regulan. En cambio, la regulación experimentalista combina las normas más flexibles y profesionales con procedimientos que permiten la participación de los interesados y un control limitado de la responsabilidad” (2004, pp. 1019, 1067-1073). Para un análisis de los remedios “blandos” en los contextos canadienses y sudafricanos, véase Roach y Budlender (2005).

y provoquen la acción de múltiples sujetos e instituciones.²⁴ Como se describirá adelante, las estrategias relativas a los derechos sociales en Canadá han intentado recientemente abordar esta clase de retos incluyendo a múltiples sujetos en las demandas e incorporando órdenes para que los diferentes niveles de gobierno actúen solidariamente con relación a las medidas decretadas. Como es evidente, ello plantea también problemas con respecto al cumplimiento.

Medidas correctivas frente a medidas transformadoras

Hacer realidad los derechos sociales no es solo cuestión de cambiar las leyes o los sistemas de derechos para que garanticen el acceso a la vivienda o la alimentación como bienes sociales. En países ricos como Canadá, en el que la pobreza, las personas que carecen de vivienda y otras violaciones de los derechos sociales son manifestaciones de la desigualdad y de la exclusión social crecientes, los remedios sobre derechos sociales deben ocuparse también de la marginación, la exclusión, la discriminación y la estigmatización que dio lugar a esas violaciones de derechos sociales. No es suficiente ocuparse de las necesidades no satisfechas. La práctica de los derechos sociales debe ocuparse también de la creación social de las necesidades mediante la desigualdad y la exclusión.

La reafirmación de los valores de derechos humanos es un elemento crítico para la creación de una estructura más incluyente de los derechos sociales, en los que el acceso a la justicia y el papel de los tribunales a la hora de salvaguardar y promover los valores de derechos humanos deben tener una función importante. La dimensión transformadora de las estrategias sobre remedios va más allá de los derechos concedidos por la ley o los programas sociales reclamados, y supone un compromiso más general con la lucha por hacer realidad los derechos sociales. Aunque las estrategias transformadoras tienden a estar asociadas con remedios (más blandos) orientados hacia el futuro, y con múltiples sujetos y derechos, también habría dimensiones transformadoras en las demandas individuales que se ocupan de negaciones puntuales de derechos, en especial cuando esa negación está asociada con

24 Abram y Antonia Chayes defienden que los gobiernos y el público prefieren “tratados con dientes”, refiriéndose a modelos de cumplimiento que permiten el uso de sanciones inmediatas y coercitivas. Contrastan este “modelo de cumplimiento” con su propio “modelo de gestión”, que tiende a emplear remedios más “blandos”, continuados, que pueden ser menos novedosos y menos populares, pero en última instancia más exitosos para conseguir los efectos deseados. Para un análisis de la efectividad de las diferentes clases de remedios, véase Chayes y Chayes (1995), capítulo 1.

la discriminación o la estigmatización. Por tanto, es importante considerar también ese tercer eje y evaluar si las estrategias relativas a los remedios y el cumplimiento pueden lograr transformaciones sociales mediante la reclamación de derechos sociales ante los tribunales y por la ejecución judicial de estos.

Experiencias acerca de las medidas judiciales sobre derechos sociales en el marco de la Carta canadiense

Demandas sobre derechos negativos

Los remedios de carácter negativo, que les ponen límites a las acciones del Gobierno o las invalidan, son las formas más conocidas y cómodas de medidas judiciales para los tribunales canadienses en lo que se refiere al cumplimiento. Las dificultades para hacer cumplir esas medidas se evitan en gran medida si los tribunales declaran inválidas las leyes o las políticas, o las dejan sin efectos, en lugar de determinar la necesidad de alguna clase de acción positiva. Según la Carta, los remedios negativos de efectos inmediatos pueden incluir la reducción del alcance de la ley, la anulación parcial de disposiciones legislativas y las declaraciones de nulidad.

Los remedios negativos con efecto inmediato son, en general, más apropiados para las reclamaciones de derechos civiles y políticos, y el predominio del paradigma de los remedios negativos en el derecho constitucional canadiense ha sido uno de los más graves obstáculos a las reclamaciones de derechos sociales. Sin embargo, a veces, los remedios negativos han demostrado ser efectivos en generar resultados de derechos positivos, tanto por su efecto inmediato como, y lo que es más relevante, mediante avances en la interpretación de los derechos de la Carta. El ejemplo más destacado es la decisión del Tribunal Supremo de Canadá en *R. vs. Morgentaler*,²⁵ en la que se denunciaron las restricciones a la realización de interrupciones del embarazo establecidas en el Código Penal de Canadá por violar el derecho de las mujeres a la seguridad de la persona según la sección 7 de la Carta. La declaración de inconstitucionalidad de la norma en ese caso tuvo el efecto inmediato de garantizar muchísimo mejor acceso a las interrupciones seguras del embarazo y representó un progreso en la denuncia de la discriminación sistemática que sufrían las mujeres en su acceso a los servicios de salud. La decisión le dio también una fuerza considerable a

25 *R. vs. Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30.

la lucha más amplia en pro de los derechos de las mujeres, al conseguir una victoria jurídica con respecto a un problema crítico, fundamentada en el reconocimiento de los derechos, tras años de movilización y activismo político. Interpretar que el derecho a la seguridad de la persona incluye el acceso a los servicios de salud para las mujeres fue un avance significativo para garantizar interpretaciones más amplias de la Carta. Sin embargo, el que la medida se restringiera a declarar la inconstitucionalidad de una norma significó que el Tribunal no se ocupó de las obligaciones positivas del Gobierno en cuanto a proporcionar servicios. El legado de esa falta de idoneidad del remedio sigue siendo un problema hoy, ya que ciertas regiones no proporcionan los servicios necesarios para acceder al aborto.²⁶

En *Victoria (City) vs. Adams*²⁷, el Tribunal de Apelaciones de la Columbia Británica derogó partes de un reglamento que les prohibía a las personas sin techo levantar alojamientos temporales en parques públicos. Ratificó en gran medida la decisión del Tribunal Supremo de la Columbia Británica, que se había basado en los compromisos de Canadá con los órganos de las Naciones Unidas de apoyar una interpretación del derecho a la vida y a la seguridad de la persona (reconocido en la sección 7 de la Carta canadiense) compatible con el reconocimiento del derecho a la vivienda.²⁸ Aunque solo se aplicaron en un marco de derechos negativos, los principios interpretativos usados por el juez de instancia establecieron una conexión entre el derecho a la vivienda reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho a la seguridad de la persona de la Carta canadiense. Hubo, además, un elemento indirecto de derechos positivos en la decisión. Aunque el Tribunal reconoció que probablemente su decisión implicaría alguna acción de la ciudad para ocuparse del número insuficiente de camas en los refugios de la ciudad, declaró que “esa clase de acción para determinar que una ley viola la sección 7 no implica que el Tribunal tenga que decidir sobre derechos positivos”.²⁹ La reticencia del Tribunal a ocuparse de los derechos positivos significó que Adams lo único que hizo fue permitir que las personas sin techo continuaran

26 National Abortion Federation (s. f.), *Access to Abortion in Canada* (<https://prochoice.org/>).

27 *Victoria (City) vs. Adams*, 2009 BCCA 563; 2008 BCSC 1363 [Adams].

28 *Ibid.*, párr. 98; Canadá también declaró ante el Comité de Derechos Humanos que el derecho a la vida del PIDCP impone obligaciones de proporcionar necesidades básicas a los gobiernos. Véase United Nations Human Rights Committee, *Supplementary Report of Canada in Response to Questions Posed by the United Nations Human Rights Committee* (marzo de 1983), UN Doc CCPR/C/1/Add.62 (1983) at 23.

29 Adams, párrs. 95-96.

levantando alojamientos temporales nocturnos en los parques. Sin embargo, a largo plazo la decisión podría tener algún efecto y estimularía que los gobiernos trataran los problemas sistémicos más generales que hacen que la gente acabe levantando tiendas o use cartones para refugiarse por la noche en los parques. El Tribunal de apelación decretó adicionalmente que se pondría fin a la declaración de nulidad si las mejoras de los programas de vivienda y alojamientos hacían que la sección 7 ya no violara la Carta, por ejemplo, si la ciudad de Victoria podía demostrar que el número de personas sin techo no excedía el número de camas disponibles en los refugios. La medida ordenada por el Tribunal de Apelaciones no llegó a ser una supervisión de los esfuerzos por solucionar el problema de las personas sin techo y la crisis de vivienda que hizo que los demandantes vivieran en los parques en primer lugar, pero sí proporcionó algún estímulo para abordar el problema.

En el año 2008, la ciudad de Victoria creó una coalición, la Greater Victoria Coalition to end Homelessness, que aportó más de 250 unidades de vivienda permanentes y subsidiadas para personas que antes carecían de techo (Greater Victoria Coalition to End Homelessness, 2014). Las iniciativas contra la carencia de techo de la ciudad se han “movido hacia la vivienda permanente antes que los refugios, y a atacar el problema de la pobreza, incluyendo los altos costos de los arrendamientos” (Aker, s. f.). Sin embargo, esas acciones no han sido suficientes para satisfacer la demanda, los precios de los arrendamientos siguen subiendo en tanto que empeora la asequibilidad de estos³⁰ y el uso de los refugios sigue en aumento.³¹

Los defensores de derechos humanos tenían la esperanza de que la decisión en el caso Adams pudiera conseguir cambios positivos en otras comunidades de la Columbia Británica, pero no parece que eso haya ocurrido.³² Después de la publicación de la decisión Adams, la ciudad de Vancouver declaró que la revisaría para determinar su aplicabilidad a otros reglamentos de la ciudad, pero tras su estudio concluyó que no aplicaba.³³ Las demandas posteriores han estado dirigidas a

30 *Idem.*

31 En noviembre de 2010, la tasa de ocupación de los refugios de emergencia era del 95 %, comparado con un 86 % en septiembre de 2008 (Greater Victoria Coalition to end Homelessness, 2014).

32 Véase Pivot Legal Society (s. f.). Según el reglamento, una persona que monte una tienda de campaña u otra estructura en propiedad municipal puede recibir una multa de hasta 1.000 dólares, salvo que solicite un costoso permiso. Véase también City of Vancouver (2014); King (s. f.), *Statement by Douglas King in Personal Email Correspondence*, en el archivo del autor.

33 General Manager of Engineering Services (2011); véase también Pivot

denunciar las restricciones para construir refugios en terrenos de propiedad municipal de Vancouver (CBC News, 2012).

Con respecto a los fines a largo plazo de acceso a la justicia, la decisión ha tenido algunos efectos positivos. Las personas sin techo se han organizado más para denunciar los patrones sistémicos de discriminación y recurrir a la justicia para demandar esa discriminación. El Tribunal de Apelaciones de Columbia Británica rechazó una apelación del gobierno de esa región contra una decisión que le reconocía legitimidad procesal a una organización defensora de personas en rehabilitación, que defendía el derecho de sus miembros de demandar el comportamiento grotesco de los funcionarios y la policía de la ciudad de Abbotsford, en British Colombia, que desalojaban forzosamente a la gente de los parques esparciendo abono de gallina, echando gas pimienta en las tiendas y destruyendo las pertenencias de los residentes. El Tribunal declaró que en esas circunstancias no era razonable exigir a las víctimas individuales reclamar por sí mismas derechos constitucionales y permitió que el caso procediera mediante la reclamación de medidas por parte de las organizaciones.³⁴

La combinación de tácticas de movilización con estrategias de acceso a la justicia se ha convertido en una herramienta efectiva de empoderamiento surgida de la victoria en el caso *Victoria vs. Adams*. La decisión *Adams* es un ejemplo de cómo, si las reclamaciones de derechos se formulan como derechos negativos que constriñen la acción del Gobierno, los tribunales canadienses pueden estar más dispuestos a realizar interpretaciones de la Carta que amplíen derechos ya existentes, como en el caso del derecho a una vivienda adecuada, y a ocuparse más directamente de los patrones sistemáticos de discriminación en contra de los que carecen de techo o viven en la pobreza. Esas interpretaciones pueden ser útiles en sí mismas para defender los derechos sociales, tanto legal como políticamente. Sin embargo, se paga un precio cuando adoptamos un enfoque de derechos negativos: esto anima a los gobiernos a seguir sin atender sus obligaciones positivas y a que los demandantes conciban sus derechos como si fueran derechos negativos, lo que es contradictorio con las obligaciones positivas materiales que tienen los Estados de hacer efectivos los derechos. Hay también una tendencia a que los remedios para los derechos negativos queden vinculados a normas jurídicas o acciones gubernamentales específicas

Legal Society (s. f.), City by-laws must respect homeless rights (<http://www.pivotlegal.org/pivot-points/blog/city-by-laws-must-respect-homeless-rights>). City of Vancouver (2014) (<http://former.vancouver.ca/bylaws/2849c.pdf>).

34 British Columbia/Yukon Association of Drug War Survivors *vs.* Abbotsford (City), 2015 BCCA 142.

—en este caso, un reglamento concreto— de manera que lo determinado en una jurisdicción no es fácilmente aplicable en otra.³⁵

Interpretación expansiva de remedios en las normas jurídicas

Las reclamaciones de derechos sociales formuladas de manera más positiva han sido atendidas por los tribunales en Canadá cuando ellos han estado de acuerdo en “interpretar” protecciones o beneficios adicionales en las normas existentes para remediar protecciones legislativas no incluyentes o programas sociales que niegan beneficios equitativos a grupos desfavorecidos.³⁶ Corregir las exclusiones inconstitucionales mediante la interpretación de protecciones adicionales en las normas existentes está considerado como el remedio más apropiado cuando se ajusta a los “principios rectores gemelos” de respetar el papel de la legislatura y los fines de la Carta. En esas circunstancias, los tribunales canadienses han recibido la instrucción de extender las protecciones legislativas o los beneficios en lugar de anular todo el sistema, con el fin de que “el sistema aprobado por el órgano legislativo sea todo lo fiel posible a los requisitos establecidos en la Constitución” (Schachter).

La llamada “interpretación expansiva” de medidas permite un cumplimiento inmediato de las decisiones judiciales, a veces con profundo alcance. En *Sparks vs. Dartmouth / Halifax County Regional Housing Authority (Sparks)*, se extendió la protección de la seguridad en la posesión a los arrendatarios de viviendas públicas cuando el tribunal interpretó protecciones ampliadas en una norma que antes excluía a ese grupo de la legislación aplicable. Los procedimientos judiciales disponibles para los arrendatarios del mercado privado que se oponían a los desalojos quedaron disponibles inmediatamente para todos los arrendatarios que residían en viviendas públicas. Una simple modificación judicial de la legislación existente por vía interpretativa tuvo una repercusión significativa en las vidas de los arrendatarios de viviendas públicas que hasta ese momento no tenían protección en su posesión. Alteró su relación con el Estado, y pasó de ser una relación caracterizada por la posibilidad de ser desalojados arbitrariamente de sus hogares a otra en la que se respetaba su dignidad y seguridad. El

35 Para un análisis más extenso de la estructuración de las demandas en derechos positivos o derechos negativos conforme a la Carta canadiense en *Victoria vs. Adams* y otros casos, véase Liew (2012).

36 La sección 15(1) de la Carta canadiense declara que toda persona es igual ante la ley, y tiene derecho a la igualdad de protección y trato sin discriminación y, en particular, sin discriminación por razón de raza, nacionalidad, origen étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad física o mental.

derecho que se les había negado se podía proporcionar inmediatamente porque ya existían estructuras institucionales vigentes para hacer cumplir la medida judicial. No era necesario solicitar a los órganos legislativos que aprobaran nuevas leyes o crearan nuevas instituciones. El caso sentó un precedente, no solo por extender los derechos existentes, sino también por reconocer la discriminación y la estigmatización de los pobres y de los residentes de viviendas públicas. El remedio se ocupó no solo de la exclusión legislativa específica, sino también de las causas estructurales y sistémicas de exclusión, al denunciar los supuestos discriminatorios sobre los pobres que la producían. El caso es un ejemplo de cómo una demanda centrada en un único derecho, con un remedio de inmediata ejecución, puede generar un remedio positivo y tener efectos transformadores al combatir la exclusión y la estigmatización predominantes.

Otro ejemplo positivo de “interpretar” expansivamente la existencia de remedios en la norma es el caso *Vriend*, sobre protecciones selectivas de derechos humanos.³⁷ El Tribunal Supremo declaró que el no haber incluido la orientación sexual como razón prohibida de discriminación en la legislación provincial de derechos humanos que regulaba las acciones de los empleadores, y de los prestadores públicos y privados de servicios públicos y de vivienda, violaba el derecho a la igualdad establecido en la Carta.³⁸ La mayoría del Tribunal optó por interpretar que la legislación de derechos humanos de Alberta contenía la protección faltante y extendió las protecciones contra la discriminación a un grupo que el legislador había elegido excluir a propósito.³⁹ De nuevo, aunque la reclamación se basaba en derechos existentes, en el marco de las protecciones de derechos humanos de Alberta tuvo un significativo efecto transformador que se consiguió al proporcionar protecciones contra la discriminación que antes se habían negado, causando exclusión y estigmatización.

El efecto positivo de casos como *Sparks* y *Vriend* muestra el importante potencial de los remedios positivos que interpretan derechos o protecciones adicionales en las normas existentes, de manera que tengan efectos inmediatos. Los casos orientados hacia los derechos negativos que declaran inconstitucionales ciertas restricciones, como ocurrió en *Morgentaler* y *Adams*, también pueden tener efectos transformadores, aunque la ausencia de medidas remediales positivas para

37 *Vriend vs. Alberta*, [1998] 1 SCR 493.

38 *Ibid.*, párrs. 65-66.

39 *Vriend*, párrs. 196-197.

garantizar el acceso al aborto o viviendas adecuadas limitó la efectividad de los remedios en esos casos.

Declaraciones diferidas de nulidad

Cuando los remedios de las reclamaciones de derechos sociales han determinado obligaciones de largo plazo para los gobiernos, que implican que estos tomen medidas positivas para garantizar los derechos constitucionales, los tribunales canadienses han escogido diferir las declaraciones de inconstitucionalidad con el fin de conceder tiempo a los gobiernos para que desarrollen medidas programáticas o legislativas frente a las violaciones de los derechos. “Las declaraciones diferidas de nulidad” son remedios más blandos que las declaraciones de aplicación inmediata. En el caso de las declaraciones diferidas de nulidad, los gobiernos gozan de cierta flexibilidad para diseñar e implementar el remedio apropiado. Por tanto, plantean problemas en relación con garantizar la calidad de la implementación y el cumplimiento de las órdenes de los tribunales. Por otro lado, las declaraciones diferidas tienen la ventaja de fomentar que los tribunales se ocupen de las obligaciones positivas de los gobiernos en áreas en las que la Rama Legislativa está en mejor posición para diseñar e implementar medidas legislativas y programáticas, pero en las que el control judicial de constitucionalidad también es necesario para garantizar que no se pasen por alto los derechos de los grupos marginados.

Uno de los principales ejemplos de este enfoque remedial es el bien conocido caso de *Eldridge vs. British Columbia* (*Eldridge*). En ese caso los demandantes, que eran sordos, argumentaron que la falta de servicios de interpretación del lenguaje de signos en el sistema de salud público violaba sus derechos a la igualdad reconocidos en la sección 15 y solicitaron que se interpretara que la legislación sobre servicios de salud y hospitalarios los incluía.⁴⁰ El Tribunal estuvo de acuerdo en que no proporcionar los servicios violaba la sección 15, pero rechazó la medida judicial solicitada; no obstante, le dio al Gobierno tiempo para escoger entre una “multiplicidad” de opciones sobre la mejor forma de proporcionar servicios de interpretación. El Gobierno solicitó al Tribunal una extensión del plazo para consultar con las comunidades afectadas y le fue concedida. Había cierto escepticismo en las comunidades de activismo jurídico y de derechos de los discapacitados sobre si los demandantes conseguirían realmente la medida a la que tenían derecho. Sin embargo, al final, el proceso anticipatorio de consultas

40 *Idem.*

que se puso en marcha fue beneficioso.⁴¹ Si el Tribunal hubiera adoptado el remedio “interpretativo” que le pidieron originalmente los demandantes, los servicios de interpretación habrían sido concedidos como un derecho individual, que hubiera sido un componente de los servicios de salud y hospitalarios, lo que en consecuencia los habría dejado bajo la dirección de los profesionales médicos, manteniendo un “modelo médico” de discapacidad. La declaración diferida de nulidad, por otro lado, permitió la financiación de un instituto sin ánimo de lucro, con un consejo de dirección cuyos miembros son casi todos sordos, y que está pensado para diseñar, implementar y administrar de forma continua los programas apropiados en consulta con la comunidad de sordos.⁴² El remedio resultante de la declaración diferida de inconstitucionalidad fue bastante más participativo y empoderador para las personas con discapacidades, al abandonar un modelo médico de la discapacidad por otro que era más compatible con el empoderamiento y la inclusión social de estas personas. De la audiencia judicial salió una mejor estrategia de remedios y cumplimiento que la que había sido propuesta originalmente por los demandantes, que había buscado un remedio más duro, sujeto a cumplimiento inmediato (Eldridge).

Un ejemplo en cierta forma menos positivo del cumplimiento de las declaraciones aplazadas de nulidad se encuentra en la experiencia que siguió a la apelación presentada ante el Tribunal Supremo de Canadá en *Dunmore vs. Ontario (Attorney General)* (Dunmore). En ese caso, el Tribunal decretó que la exclusión de trabajadores agrícolas de la ley de relaciones laborales de Ontario, que les negaba el derecho a organizarse y a negociar colectivamente, violaba el derecho de estos trabajadores a la libertad de asociación reconocida la sección 2 (d) de la Carta canadiense. El Tribunal declaró que el Gobierno tenía una obligación positiva de aprobar legislación que proporcionara la protección necesaria para garantizar que los trabajadores agrícolas pudieran ejercer sustantivamente su derecho a organizarse. Aplazó su declaración de nulidad de la legislación existente durante 18 meses para permitir

41 Andrea L. Zwack (2010), Counsel for Appellants in *Eldridge vs. British Columbia* (Attorney General), [1997] 3 SCR 624. Entrevistada por Azin Samani, 15 de marzo.

42 El programa está a cargo de un organismo administrativo sin ánimo de lucro, el Western Institute for the Deaf and Hard of Hearing, financiado por los servicios de salud provinciales con el fin de que presten asistencia a las comunidades de toda la Columbia Británica. Proporciona servicios de interpretación para la mayoría de las citas médicas —incluido un intérprete cualificado del lenguaje de signos—, sea con médicos generales o con especialistas —psiquiatras, oftalmólogos—, conferencias entre paciente y familia, ginecología-obstetricia, imágenes médicas y estancias hospitalarias (<http://www.widhh.com/programs-services/>).

que el gobierno de Ontario aprobara una ley congruente con la Carta. Sin embargo, los demandantes consideraron que la respuesta del gobierno era insatisfactoria. En lugar de incluir a los trabajadores agrícolas conforme a la legislación actual, aprobó un régimen legislativo separado para ellos que les concedía menos derechos que a otros trabajadores, y no protegió de manera explícita el derecho a organizarse o a negociar colectivamente. El gobierno provincial fracasó en su intento de proteger el derecho de asociación y de negociación colectiva igual al de los demás trabajadores en Ontario. En consecuencia, se presentó una demanda subsiguiente basada en la Carta contra la nueva legislación, pero la Corte Suprema de Canadá determinó que la nueva legislación cumplía con los requisitos de la misma.⁴³

Los dos casos muestran los aspectos positivos y negativos de la declaración diferida de nulidad como una estrategia para implementar y hacer cumplir los remedios positivos. En el caso *Eldridge*, el resultado fue una consulta y una participación mejoradas del grupo demandante, y una reforma institucional que fue más allá de lo que un simple remedio “interpretativo” hubiera logrado, ya que se reconocieron las necesidades diferenciadas de las personas con discapacidades, y la importancia de los procesos participativos mediante los cuales se ocupó de esas necesidades. En el caso *Dunmore*, por otro lado, los trabajadores agrícolas no fueron parte del proceso de diseño de las nuevas protecciones legislativas. Hubiera sido mejor para ellos un remedio de derecho duro, que interpretara en la legislación existente una extensión de las protecciones de otros trabajadores. En *Dunmore*, a la hora de considerar cuáles eran las obligaciones del Gobierno en el diseño y la implementación de nueva legislación, el Tribunal Supremo falló en implementar los derechos participativos del grupo demandante. Los reclamantes fueron obligados a interponer nuevas demandas en un marco estrictamente adversarial, lo que en última instancia no tuvo éxito.

Órdenes de supervisión

El caso *Dunmore* muestra la necesidad de participación judicial en la implementación de remedios y estrategias a largo plazo que requieren tiempo para su diseño y puesta en marcha. La continua supervisión judicial del proceso de determinación de los remedios, con una intervención significativa de los grupos demandantes, hubiera aumentado bastante las posibilidades de contar con remedios más exitosos, sin la necesidad de procesos judiciales largos y costosos para cuestionar

43 Ontario (Attorney General) vs. Fraser, 2011 SCC 20, [2011] 2 SCR 3.

la constitucionalidad de las medidas dictadas por el Gobierno como respuesta.

Ha habido alguna resistencia a la idea de que los tribunales asuman una jurisdicción de seguimiento en Canadá debido al principio del *common law* conocido como *functus officio*, según el cual la jurisdicción del tribunal o el juez termina con la redacción de una orden vinculante. Esa resistencia judicial a intervenir en remedios ejecutados a largo plazo es de relevancia para negar medidas efectivas en las demandas sobre derechos sociales. El problema fue tratado en el contexto constitucional en 2003, en el caso *Doucet-Boudreau vs. Nova Scotia*.⁴⁴ En ese caso, francófonos de Nueva Escocia demandaron que el Gobierno no hubiera desarrollado una educación adecuada en francés, conforme a lo dispuesto en la Carta, que prevé la educación pública en francés para esa minoría. El juez de instancia le ordenó al gobierno provincial y a un Consejo responsable de administrar la educación en francés que hicieran “sus mejores esfuerzos” por desarrollar, con una fecha límite, escuelas de secundaria en francés y programas educativos en diferentes distritos. El gobierno de Nueva Escocia apeló la decisión con el argumento de que el remedio excedía el papel apropiado de los jueces. El Tribunal de Apelaciones de Nueva Escocia aceptó la apelación y determinó que si bien la Carta recoge una amplia variedad de facultades para determinar remedios, estas no se extienden al poder de los tribunales de hacer cumplir sus propias órdenes.⁴⁵ El Tribunal de Apelaciones declaró que si bien la Carta permite que el tribunal ordene remedios positivos frente a las violaciones de derechos sociales, “la Carta no extiende la jurisdicción de estos tribunales desde el punto de vista procesal. Una cosa es ordenar un remedio y otra disponer los recursos para su cumplimiento”.⁴⁶

Los demandantes apelaron ante el Tribunal Supremo de Canadá que, por una mayoría estrecha, reversó las determinaciones del Tribunal de Apelaciones de Nueva Escocia. El Tribunal Supremo afirmó la primacía de la idea de remedios constitucionales efectivos y contextualizados, gracias a la cual los tribunales crean, de una variedad de opciones, un remedio que pueda hacer efectivo el derecho:

Un enfoque finalista de los remedios contenidos en la Carta le da una vitalidad moderna a la antigua máxima de *ubi jus, ibi remedium*: cuando hay un derecho, debe haber un remedio. En concreto, un enfoque finalista

44 *Doucet-Boudreau vs. Nova Scotia* (Minister of Education).

45 *Doucet-Boudreau vs. Nova Scotia* (Attorney General), 2001 NSCA 104 (CanLII).

46 *Ibid.*, párr. 37.

de los remedios requiere al menos dos cosas. En primer lugar, debe promoverse la finalidad del derecho que está siendo protegido: los tribunales deben crear remedios apropiados para eso. En segundo lugar, la finalidad de los remedios debe promoverse: los tribunales deben elaborar un remedio que defienda plenamente el derecho.⁴⁷

La mayoría del Tribunal determinó que, con el fin de garantizar que un remedio cumpla esos requisitos, un tribunal puede asumir un papel en la supervisión de su implementación. En la medida en que la decisión no se vea modificada por audiencias posteriores, la jurisdicción de seguimiento puede celebrar audiencias adicionales con respecto a la implementación de la orden, cuando sean convocadas por el juez de instancia del caso.⁴⁸

Sin embargo, es una indicación de la resistencia continua a esta clase de remedio en la cultura jurídica canadiense que una minoría significativa del Tribunal Supremo encontrara que la orden de seguimiento excedía el papel apropiado de los tribunales al violar el principio de la separación de poderes y el alcance de su jurisdicción con respecto a la doctrina *functus officio*. La minoría subrayó la importancia de separar los procesos judiciales y políticos, y encontró que la orden en este caso llevó a que el tribunal realizara una actividad política mediante el intento de someter al Gobierno “a una presión continua”, y señaló que “el juez de instancia podría haber buscado ejercer presión política o pública sobre el Poder Ejecutivo”.⁴⁹ Aunque la decisión vinculante para los tribunales inferiores es la de la mayoría, la opinión de la minoría expresada en el salvamento de voto muestra la resistencia judicial a las clases de remedios efectivos para las violaciones de derechos sociales que todavía predomina en algunos tribunales inferiores. Los gobiernos intentaron impedir una aplicación más amplia de la decisión Doucet-Boudreau argumentando que el derecho a la educación en la lengua de las minorías, reconocido en la Carta, requiere explícitamente medidas positivas del Gobierno, mientras que otras garantías de los derechos no, argumento que ha sido aceptado, por desgracia, por algunos tribunales inferiores.⁵⁰

Una cuestión primordial que no fue explorada ni por la mayoría ni por la minoría fue la contribución de una orden de supervisión para crear un proceso democrático que permitiera una relación sustantiva

47 *Idem.*, párr. 37.

48 *Ibid.*, párr. 71.

49 *Ibid.*, párr. 131 (salvamento de voto de los magistrados Major, Binnie, Le-Bel y Deschamps).

50 *Tanudjaja vs. Attorney General (Canadá)*, 2013 ONSC 1878, párr. 89-90.

y significativa entre el Gobierno y la comunidad afectada en el curso de la implementación. De hecho, en este caso no fue el juez quien ejerció presión política, sino más bien los demandantes. Las comunidades demandantes usaron las audiencias informativas del tribunal para responsabilizar al Gobierno del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, explicadas por el Tribunal. Las audiencias informativas permitieron a los demandantes que sus voces fueran escuchadas e impulsaron un proceso complicado para hacerlo más expedito.

En Doucet-Boudreau, la responsabilidad continuada frente al cumplimiento quedó garantizada por el calendario de sesiones informativas ante el tribunal. Un remedio alternativo, configurado en un entorno institucional diferente, podría haber requerido sesiones informativas ante otro órgano que pudiera proporcionar una supervisión efectiva. El principio fundamental en juego no es el control de la responsabilidad pública por los tribunales, sino más bien el control de la responsabilidad pública con respecto a los derechos tal y como son interpretados por los tribunales; estos pueden tener un papel importante para supervisar la implementación de los remedios estructurales a lo largo del tiempo. La jurisdicción continuada de los tribunales no usurpa los procesos democráticos. Más bien, apoya y refuerza los procesos participativos que se requieren en muchas circunstancias para implementar remedios efectivos y apropiados frente a las violaciones de derechos.

Según la doctrina tradicional de la separación de poderes, los tribunales tienen la autoridad final de interpretar los derechos y de determinar cómo se aplican en un contexto específico. Esa función interpretativa debe estar informada por el diálogo, no solo con los gobiernos, sino también con los titulares de derechos. Los mecanismos continuos de control de la responsabilidad con respecto a la implementación y los procesos de cumplimiento deben garantizar los derechos de participación a los grupos cuyos derechos han sido violados o no han sido tenidos en cuenta por los órganos legislativos (Porter, 2014). De esta forma, los procesos de determinación de los remedios y del cumplimiento se ocupan no solo de la negación de un derecho específico, sino también de la exclusión, de la marginación y de las fallas del control de la responsabilidad que llevaron a esa negación.

El derecho a decisiones razonables (basadas en derechos)

Aunque es tentador responsabilizar únicamente a los tribunales de los remedios inadecuados frente a las violaciones de derechos sociales en Canadá, de hecho, es la cultura jurídica canadiense en general la que

acaba expresándose en la rigidez judicial frente a los remedios. Los demandantes han mostrado una propensión a concentrarse en demandas sobre derechos constitucionales que buscan remedios limitados estructurados en el marco de los sistemas legislativos o de reconocimiento de derechos existentes, y han sido tímidos a la hora de pedir remedios programáticos de la misma clase que los concedidos en el caso *Eldrige*. La cultura jurídica en Canadá ha asumido que el papel del tribunal es, en general, aprobar medidas judiciales frente a violaciones puntuales de la ley, en lugar de hacer cumplir obligaciones sustantivas que impliquen tomar medidas positivas. Ese enfoque restringido con respecto a los remedios constitucionales ha chocado con la aspiración transformadora en la que se basó la adopción de la Carta, descrita por el Tribunal Supremo de Canadá como la creación de una “sociedad justa” mediante una “ardua lucha”.⁵¹

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha establecido los fundamentos para un enfoque más transformador con respecto a los remedios, a través de su comprensión sobre la razonabilidad como un estándar constitucional y de derechos humanos aplicable a los procesos decisorios del Gobierno y la administración en una amplia variedad de circunstancias. En varios casos en los que los demandantes han presentado reclamaciones de derechos sociales en el marco más tradicional de los derechos reconocidos en la ley, el Tribunal Supremo de Canadá ha usado en general remedios blandos que involucran la cuestión más amplia de garantizar que las decisiones sean congruentes con la realización de los derechos y la lucha por una “sociedad justa”. El Tribunal ha reestructurado demandas en las que el remedio solicitado era el reconocimiento de un derecho puntual que debía añadirse a la legislación, y las ha formulado mediante enfoques más blandos, contextuales, concentrándose en decisiones tomadas por la administración, en la implementación de los programas y en la interpretación de los derechos legales existentes. En casos como *Vriend* o *Sparks*, en los que los encargados de tomar las decisiones en la administración no gozaban de discrecionalidad para extender las protecciones de derechos humanos con el fin de incluir la discriminación por razones sexuales o extender las protecciones a la posesión para incluir a los beneficiarios de viviendas públicas, el derecho específico tenía que reconocerse en la legislación por vía interpretativa. No obstante, en otros casos en los que la legislación no impedía explícitamente otorgar el derecho o beneficio, el Tribunal ha preferido, cuando ha sido posible, estructurar el remedio como una cuestión de respetar los derechos conforme al régimen legal

51 *Vriend*, párr. 68.

existente. El Tribunal se ha apoyado en el estándar de razonabilidad para exigir que la autoridad a cargo de la decisión garantice la conformidad con los derechos fundamentales. Si bien ese remedio puede considerarse más conservador porque deja la legislación inalterada, es potencialmente más transformador porque va más allá de la necesidad del derecho único para ver la necesidad de decisiones incluyentes, que promuevan los derechos en todas las áreas de la autoridad gubernamental. El remedio no está limitado al derecho específico que se busca reconocer, sino que implica obligaciones de respetar y promover los derechos humanos para los encargados públicos de tomar decisiones. El Tribunal ha establecido así las bases de un enfoque remedial más transformador, basado en el derecho a tener políticas razonables y decisiones congruentes con la realización de los derechos sociales.

La decisión *Eldridge* proporciona un buen ejemplo del enfoque del Tribunal Supremo. Los abogados de los demandantes elaboraron su caso con base en la Carta, alegando una omisión legislativa discriminatoria o inclusión deficiente, y argumentaron que los servicios de interpretación hubieran debido incluirse explícitamente como una prestación de salud en la legislación que regula el seguro de salud pública y los servicios hospitalarios para garantizar la igualdad de acceso para los sordos. Si el tribunal hubiera decidido el caso en la forma en que lo plantearon los demandantes, la decisión habría sido simplemente la incorporación del texto faltante en la legislación, como un servicio de salud adicional. Sin embargo, el Tribunal Supremo escogió una aproximación diferente en la audiencia oral. El Tribunal indicó que la legislación impugnada no impedía que se ofreciera interpretación en lenguaje de signos. Por tanto, en su decisión, el Tribunal rechazó así el argumento de que la legislación misma fuera inconstitucional:

El hecho de que la ley de seguros hospitalarios no ordene expresamente proporcionar interpretación del lenguaje de signos no la hace vulnerable desde el punto de vista constitucional. La ley no prohíbe, ni expresamente ni por derivación necesaria, que los hospitales ejerzan su discrecionalidad para proporcionar intérpretes del lenguaje de signos. De suponer correcta la teoría de los apelantes sobre la sección 15 (1), la ley de seguros hospitalarios debería interpretarse como que se debe proveer interpretación en lenguaje de señas, siempre que sea requerido, como parte de los servicios ofrecidos por los hospitales, cuando quiera que sea necesario para tener una comunicación efectiva. Como en el caso *Medical and Health Care Services Act*, la violación potencial de la sección 15(1) reside en la discrecionalidad concedida a una autoridad subordinada, no en la propia legislación.⁵²

52 *Eldridge*, párr. 34.

El Tribunal declaró que los encargados de tomar decisiones deben ejercer su discrecionalidad de una forma congruente con el valor de un acceso pleno e igualitario a los servicios de salud para los sordos. Además, había muchas formas de conseguir el resultado, según los diferentes encargados de las decisiones. El cumplimiento con la Carta no requería que los servicios de interpretación se prestaran como servicios médicos. Como se señaló, el remedio blando ordenado por el Tribunal permitió contar con servicios de interpretación mediante un prestador independiente sin ánimo de lucro, cuya dirección correspondía a un consejo formado por miembros del grupo demandante.

El remedio más blando del Tribunal en *Eldridge* no proporcionó un derecho reclamable inmediato, sino que reafirmó que los principios de derechos humanos deben ser fundamentales en todas las decisiones que provienen de autoridades gubernamentales o legales. Además, decretó que incluso los particulares, cuando en ejercicio de una autoridad delegada tomen decisiones que tengan una repercusión en el goce de los derechos constitucionales, cuya responsabilidad de cumplimiento haya recaído en el Estado de no ser por la delegación, deben ejercer esa autoridad de manera congruente con las obligaciones constitucionales de los Estados conforme a la Carta.⁵³ Al extender la obligación de cumplir con los mandatos de la Carta a un rango más amplio de actores, la Corte proporcionó más flexibilidad acerca de cómo debía implementarse este remedio.

La Carta rige a los gobiernos provinciales y territoriales, al federal y a “todos los asuntos en el marco de la autoridad” del Parlamento y de los órganos legislativos provinciales.⁵⁴ Los derechos están “sujetos solo a los límites razonables prescritos por la ley que puedan ser justificados demostrablemente en una sociedad libre y democrática”.⁵⁵ La evaluación de los límites razonables conforme a la carta (sección 1) tiene la función dual de limitar y proteger los derechos.⁵⁶ En *Eldridge*, tras haber determinado que el no haber provisto servicios de interpretación violaba la sección 15 de la Carta al negarle a los paciente sordos igualdad de acceso a los servicios de salud de la misma calidad que a las demás personas, el Tribunal Supremo consideró si la decisión de no financiar los servicios de interpretación era razonable dadas las

53 *Eldridge*, párrs. 49-52.

54 *Canadian Charter* s. 1.

55 Conforme a la “prueba *Oakes*”, el tribunal valora si una limitación a la Carta está justificada por un objetivo urgente y sustantivo, y aplica estándares de conexión racional, interferencia mínima y proporcionalidad. *R. vs. Oakes*, [1986] 1 SCR 103 [Oakes].

56 *Oakes*, p. 135.

circunstancias. El Tribunal incorporó el deber positivo de acomodar razonablemente la discapacidad en su valoración. "Acomodación razonable, en este contexto, equivale en general al concepto de 'límites razonables'".⁵⁷ No se encontró que el costo de proporcionar servicios de interpretación, con respecto al presupuesto provincial de salud, fuera lo suficientemente relevante como para justificar la negativa del Gobierno a financiar los servicios. El no proporcionar servicios de interpretación por un medio u otro no era por consiguiente razonable.⁵⁸

Por consiguiente, el concepto de razonabilidad constitucional ha sido desarrollado, en el contexto canadiense, principalmente mediante la valoración de cuáles son los límites razonables. El Tribunal Supremo ha considerado que el derecho internacional de los derechos humanos, en general, y el Pidesc, en particular, son fundamentales para los valores que subyacen a la valoración de razonabilidad conforme a la sección 1. En *Slaight Communications*,⁵⁹ el Tribunal determinó que la orden de un árbitro particular, que se nombró conforme a la ley de relaciones laborales y que requería a un empleador entregarle una carta de recomendación favorable a un empleado injustamente despedido era una violación razonable del derecho a la libertad de expresión del empleador porque era congruente con el compromiso de Canadá conforme al Pidesc de proteger el derecho al trabajo del empleado. El magistrado Dickson, presidente del tribunal, consideró a este respecto que:

Especialmente a la luz de la ratificación de Canadá el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...] y el compromiso contenido en el de proteger, entre otras cosas, el derecho al trabajo en sus distintas dimensiones que se reconoce en el artículo 6 de ese tratado, no se puede dudar de que el objetivo en este caso es muy importante [...]. Si se tienen en cuenta las funciones duales de la sección 1 identificadas en *Oakes*, las obligaciones internacionales de derechos humanos contraídas por Canadá deberían inspirar no solo la interpretación del contenido de los derechos garantizados por la Carta, sino también la interpretación de lo que constituyen objetivos urgentes y sustantivos que pueden justificar las restricciones de esos derechos.⁶⁰

En el caso *Baker*,⁶¹ el Tribunal Supremo dio un paso adicional al vincular los valores internacionales de derechos humanos al estándar de

57 *Ibid.*, párr. 79.

58 *Idem.*

59 *Slaight Communications Inc vs. Davidson*, [1989] 1 SCR 1038.

60 *Ibid.*, párrs. 1056-1057.

61 *Baker vs. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817.

razonabilidad, más allá del marco de la Carta y los límites razonables de la sección 1. En ese caso, no había alegación de violación de la Carta. El Tribunal declaró que la autoridad discrecional otorgada a un funcionario de inmigración para revisar una orden de deportación por motivos humanitarios y compasivos debe ejercerse razonablemente; debe ser congruente con los valores consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos ratificado por Canadá. El funcionario de inmigración debía haber reconocido que la consideración de los mejores intereses del niño, como ordenaba la Convención sobre los Derechos del Niño, estaba por encima de los costos previsibles de asistencia social y cuidados de salud anticipados de no llevarse a cabo la deportación.⁶² Por tanto, la decisión de deportación fue revertida por el Tribunal Supremo por estimarla irrazonable. El principio de los mejores intereses del niño fue incorporado después a la ley canadiense y también a las directrices procedimentales para el ejercicio de toda discrecionalidad legal conforme a esa ley.⁶³

En un caso más reciente, que denunciaba los intentos del Gobierno conservador de cerrar un lugar para la administración segura de drogas intravenosas (Insite) en el área más pobre de Vancouver,⁶⁴ el Tribunal Supremo de Canadá volvió a concentrarse en el derecho a un proceso razonable de toma de decisiones y rechazó la pretensión original de los demandantes de que la legislación aplicable fuera inconstitucional. En este caso, los demandantes alegaban que la ley federal sobre drogas —la Controlled Drugs and Substances Act—⁶⁵ violaba el derecho a la vida y la seguridad de la persona conforme a la sección 7 de la Carta al convertir en un delito la posesión de drogas adictivas sin contemplar una excepción para fines terapéuticos.⁶⁶ Como había hecho en Eldridge, la Corte consideró, en cambio, si la legislación impugnada confería autoridad discrecional que permitiera haber garantizado los derechos de la Carta. La Corte señaló que esa ley confería autoridad discrecional al Poder Ejecutivo para proporcionar exoneraciones, y

62 *Ibid.*, párrs. 64-71.

63 Immigration and Refugee Protection Act, SC 2001, c 27 (según la s. 25(1), el ministro puede conceder la residencia permanente cuando esté convencido de que se justifica por razones humanitarias o compasivas, teniendo en cuenta los mejores intereses del niño directamente afectado); Gobierno de Canadá (mayo de 2013), OP-10 Permanent Residency Status Determination, s. 16.1 (<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/op10-eng.pdf>).

64 Canada (Attorney General) *vs.* PHS Community Services Society, [2011] 3 SCR 134 [Insite].

65 Controlled Drugs and Substances Act, SC 1996, c 19.

66 Insite, párrs. 112-115.

consideró si el hecho de que el Ministerio de Salud no hubiera concedido una exoneración a Insite se ajustaba a la Carta.⁶⁷

Al revisar las pruebas apabullantes de los beneficios generados por tener un lugar para la administración de inyecciones seguras y los servicios de salud relacionados para aquellos en situación de necesidad, y considerar los efectos negativos de no garantizar la prestación continuada de esos servicios, el Tribunal consideró que no haberle concedido una exención a Insite violaba el derecho a la vida y no se ajustaba a los principios de la justicia fundamental porque era arbitrario e irrazonable. En particular, concluyó que “el efecto de negar los servicios de Insite a la población que asiste es enormemente desproporcionado con relación a cualquier beneficio que Canadá pueda obtener de la vigencia de una posición uniforme con respecto a la posesión de drogas”.⁶⁸ Determinó que el Ministerio estaba obligado a otorgar una exención discrecional a Insite, basándose en la valoración apropiada de las pruebas sobre las necesidades que tenían grupos vulnerables de los servicios que esa organización proporcionaba.⁶⁹ Después de considerar la opción de aprobar una orden declaratoria y enviar de nuevo la decisión al ministro para que este ejerciera su discrecionalidad conforme a la Carta, el Tribunal prefirió dictar una orden perentoria que le exigiera al ministro conceder a Insite la exención necesaria “inmediatamente”. El Tribunal consideró que en este caso no había una “miríada” de opciones razonables para el ministro, como sí las había habido en Eldridge. La única decisión razonable en esas circunstancias era conceder una exención a Insite para que la organización pudiera continuar proporcionando sus servicios esenciales para los usuarios de drogas intravenosas.⁷⁰ Por tanto, en este tipo de caso, el enfoque de la razonabilidad produce un remedio duro o inmediato. El ministro cumplió la orden, e Insite ha podido continuar proporcionando sus servicios. Además, la sentencia despertó interés por prestar servicios similares en otros lugares de Canadá.⁷¹

En las decisiones más recientes de *Doré vs. Barreau du Québec*⁷²

67 *Ibid.*, párrs. 127-136.

68 *Ibid.*, párr. 133.

69 Insite.

70 Insite, párr. 150.

71 Como respuesta a la sentencia se desarrollaron nuevas iniciativas en Montreal y Quebec (Harris, 2011), *Following Insite ruling, safe-injection sites planned for Montreal and Quebec City. This magazine* (<http://this.org/blog/2011/11/28/insite-safe-injection-montreal-quebec>).

72 *Doré vs. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12 [Doré].

y *Loyola High School vs. Quebec (Attorney General)*,⁷³ el Tribunal Supremo revisó la obligación de ejercer la discrecionalidad de forma congruente con la Carta y con los principios de razonabilidad de los derechos humanos, y consideró la relación entre los estándares administrativo y constitucional de razonabilidad. El Tribunal revisó el enfoque adoptado en *Slaight Communications* y en decisiones subsecuentes que siguieron este modelo, según el cual la valoración de si una decisión administrativa era razonable y respetaba los derechos de la Carta se realizaba conforme a los requisitos de los “límites razonables” de la sección 1. La Corte declaró en *Doré* que cuando se requiere que quienes toman decisiones administrativas tengan que proteger los derechos de la Carta y los valores de los derechos humanos en el contexto del ejercicio de su discrecionalidad, como en *Slaight Communications*, el control de constitucionalidad de esas decisiones puede realizarse conforme a un test de razonabilidad propio del derecho administrativo, en lugar de mediante el recurso a los límites razonables y el análisis de la proporcionalidad de la sección 1. La magistrada Abella, que redactó la decisión del Tribunal, explica que la visión moderna de los tribunales administrativos ha dado lugar a una forma más sólida de razonabilidad del derecho administrativo, que incorpora a sus estándares la Carta y el derecho de los derechos humanos. Debería aplicarse un estándar de derecho administrativo que esté informado por los valores constitucionales y de derechos humanos para proporcionar esencialmente el mismo nivel de protección de los derechos fundamentales que otorga el tipo de análisis de los límites y la proporcionalidad razonables de la sección 1 de la Carta que se hizo en *Slaight Communications*.⁷⁴

Existe el riesgo de que el intento del Tribunal Supremo de Canadá de amoldar los estándares de razonabilidad administrativa, constitucional y de derechos humanos a la Carta pueda producir una mayor deferencia hacia las decisiones de los funcionarios administrativos de lo que ocurría cuando se realizaba una evaluación completa siguiendo la Carta, como en *Slaight Communications* o *Eldridge*. Sin embargo, el nuevo enfoque descrito en *Doré* y aclarado en *Loyola*, como una afirmación de un estándar riguroso de revisión de razonabilidad con “el mismo músculo justificatorio” que la prueba *Oakes* para la sección 1 de la Carta, proporciona sólidos fundamentos para insistir en que todos los encargados de tomar decisiones en el ámbito administrativo consideren los derechos constitucionales, incluido el derecho a obligaciones de igualdad sustantiva y a medidas positivas requeridas para

73 *Loyola High School vs. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12.

74 *Doré*, párr. 29.

atender las necesidades de los grupos protegidos, y las obligaciones internacionales de derechos humanos (incluidos los derechos socioeconómicos). El reto de hacer realidad el potencial transformador de este nuevo estándar “robusto” para la toma razonable de decisiones debe garantizar que los encargados de tomar decisiones administrativas se tomen en serio la obligación de considerar los valores de derechos humanos. Como señalan Lorne Sossin y Andrea Hill (2014, p. 357):

Si se incorpora a las directrices, instrucciones y prácticas de los tribunales el principio de que la discrecionalidad se ejerce de manera congruente con los valores de la Carta, ello podría tener profundos efectos sobre la oportunidad de promover los derechos sociales en esos espacios de decisión judicial. Por contraste, si resulta que tales valores no son relevantes en las decisiones cotidianas de esos cuerpos, la retórica sobre los tribunales de Doré sugerirá que es ilusorio un marco de referencia orientado por los derechos.

Lo evidente es que ahora hay una base en la Carta canadiense y en la jurisprudencia contencioso administrativa para promover y hacer cumplir decisiones basadas generalmente en derechos —cimentados en los derechos fundamentales de la Carta—, las obligaciones internacionales de Canadá conforme al Pidesc y los otros tratados de derechos humanos, bajo un estándar de razonabilidad bien articulado que incorpora deberes positivos de atender a las circunstancias y garantizar los derechos de las personas con discapacidades y otros grupos marginados. Quinot y Liebenberg (2011, p. 641) han descrito una convergencia parecida de los diferentes estándares de razonabilidad en la jurisprudencia sudafricana, y argumentan que establece el fundamento para un modelo coherente de control de constitucionalidad “que parta del desarrollo de la razonabilidad como un estándar tanto para justicia administrativa como para la jurisprudencia sobre derechos socioeconómicos”. Hoy hay un fundamento en la jurisprudencia canadiense para hacer cumplir el estándar de razonabilidad propuesto por Liebenberg y Quinot conforme al derecho administrativo y constitucional sudafricano. La cuestión es si los tribunales administrativos y ordinarios lo aplicarán.

La razonabilidad debería considerarse más que un estándar de control judicial de constitucionalidad. Es la base de un derecho positivo a que los derechos propios sean adecuadamente considerados y garantizados cuando se tomen decisiones que los afecten. Cumplir el derecho a la razonabilidad es un asunto que no corresponde solo a los tribunales; es un estándar para la toma de decisiones que debe ser aplicado por quienes deciden en una variedad de entornos y que da a los titulares de derechos la facultad de reclamarlos y hacerlos cumplir

en diversos contextos. La amplia variedad de procesos decisorios a los que afecta el estándar es lo que crea su gigantesco potencial transformador pero, al mismo tiempo, plantea retos significativos en cuanto al cumplimiento. Los que toman decisiones deben contar con la evidencia necesaria para considerar todas las circunstancias relevantes, ser conscientes de cómo el derecho internacional de los derechos humanos, los derechos humanos nacionales y los derechos constitucionales pueden verse afectados, y cómo pueden interpretarse los derechos humanos de forma congruente con los DESC. Deben tener la formación para contextualizar los derechos sociales en sus áreas de conocimiento experto y aplicar el estándar de razonabilidad informado por los derechos y reconocido por el Tribunal Supremo de Canadá. Cumplir ese estándar de razonabilidad —dada la amplia variedad de encargados de tomar decisiones en el ámbito administrativo, cuasi-judicial y judicial, que va de tribunales de vivienda que supervisan los desalojos, a tribunales de asistencia social, árbitros de prestaciones de desempleo, y gestores de programas para discapacitados— es una empresa enorme para los agentes sociales interesados y para las organizaciones de la sociedad civil. Las organizaciones activistas capaces de proporcionar asistencia y representación en esas áreas se han visto sometidas a un ataque continuo por el gobierno de derecha de Ottawa, que ha puesto en peligro las fuentes tradicionales de financiación pública y las provenientes de donaciones.⁷⁵

Los retos al cumplimiento planteados por un estándar de razonabilidad más coherente y universalmente aplicable, sin embargo, son proporcionales a su potencial. El Tribunal Supremo de Canadá ha reconocido un derecho a la razonabilidad que aporta un fundamento legal para un activismo jurídico y una movilización de la sociedad civil preocupada por la variedad de decisiones y políticas que han creado las crisis de pobreza, de personas sin hogar y de hambre en Canadá.⁷⁶ Todavía es posible pedirle a los tribunales que revisen las decisiones incongruentes con el nuevo estándar, así que la dispersión de la autoridad para aplicar las normas y los valores de derechos humanos no implica que los tribunales hayan renunciado a su responsabilidad de

75 Voices-Voix (2013), Canada: Voices-Voix Submission to the UN Universal Periodic Review (22 abril - 3 mayo de 2013). En 16th Session of the UPR Working Group of the Human Rights Council (http://voices-voix.ca/sites/voices-voix.ca/files/upr_submission_voices-voix.pdf).

76 Para un ejemplo de una iniciativa para promover y hacer cumplir el derecho a la razonabilidad, véanse los recursos de los demandantes y los activistas de Ontario, en Social Rights Ontario (N.D.), Social Rights in Ontario: Adequate Food, Housing and Other Requirements of Dignity (www.social-rightsontario.ca).

efectuar una supervisión y una revisión rigurosas. El riesgo de que los tribunales hagan su estudio de razonabilidad concediendo excesiva discrecionalidad a las decisiones del Gobierno es algo real, y hay que resistirse sin descanso a ello, porque esto supondría negar a los demandantes la revisión rigurosa de la corrección de las decisiones administrativas aplicables conforme a la Carta. Los tribunales no pueden desistir de su responsabilidad constitucional de garantizar que las decisiones administrativas sean plenamente congruentes con los derechos humanos internacionales y constitucionales, y que estos sean aplicados de manera apropiada en ejercicio de toda autoridad pública delegada a terceros. Como se señaló, los remedios efectivos frente a las “fallas del sistema de reconocimiento de derechos”, como las describe Amartya Sen, requieren estrategias con fundamentos amplios para reevaluar y garantizar los derechos de las personas a quienes se han negado los derechos y la dignidad. Las estrategias estarán basadas en la movilización política, la educación y la protesta públicas, en una variedad amplia de áreas que afectan los derechos sociales. También en la esfera jurídica, el llamado al cambio tiene que ocurrir en todos los niveles decisorios y debe involucrar a una variedad amplia de sujetos. Las estrategias basadas en los derechos recomendadas por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas requieren el acceso a remedios efectivos en todos los niveles de la administración y de los programas públicos. Un estándar de razonabilidad correctamente aplicado es la mejor forma de garantizar todo eso.

Una cuestión fundamental para evaluar las estrategias de cumplimiento es cuándo recurrir a los tribunales para garantizar el cumplimiento de los derechos sociales y cuándo recurrir a otros sujetos. Las medidas judiciales que ordenan el reconocimiento de derechos de la forma más simple y fácil de ejecutar no tienden a ocuparse de la necesidad de que agentes no judiciales tomen decisiones basadas en el respeto de los derechos; asignan el trabajo de interpretar y aplicar los derechos constitucionales y humanos a los jueces. Los tribunales asumen la única responsabilidad de decidir sobre cuáles son los derechos exigibles para garantizar aquellos fundamentales. Ese fue el paradigma de las medidas judiciales propuesto en primer lugar por los demandantes en los casos *Eldridge* e *Insite*, quienes buscaron cambios en la legislación para que la reivindicación de los derechos no dependiera de alguna forma de la discrecionalidad administrativa o del Poder Ejecutivo. El Tribunal Supremo rechazó ese enfoque en favor de un modelo en el que la Constitución y los derechos humanos internacionales funcionaran más como un marco de interpretación legal y como base para las decisiones. Se les exigía a los agentes no judiciales efectuar una

valoración de qué significan los derechos en contextos específicos y de tomar decisiones en consecuencia; cuando, en opinión del Tribunal, lo hicieran mal, rechazarían sus decisiones. Órdenes judiciales que hubieran interpretado, como en *Eldridge*, que la legislación sobre servicios de salud incluía el derecho a servicios de interpretación o que la ley sobre drogas, como en *Controlled Drugs and Substances*, contenía el derecho a proporcionar narcóticos administrados de forma segura en un contexto terapéutico, hubieran sido más simples de cumplir. Sin embargo, esos remedios no hubieran tenido el mismo efecto que haber extendido la obligación de tomar decisiones basadas en los derechos más allá de los tribunales —lo que transfiere de manera más amplia la obligación a otros encargados de tomar decisiones por delegación de la autoridad pública—, ni hubieran dado poder a los reclamantes de derechos para exigir decisiones y políticas razonables en contextos diferentes a los judiciales.

La atención prestada por el Tribunal Supremo a que decisiones razonables garanticen derechos proporciona un fundamento sólido para hacer cumplir las decisiones y políticas relativas a los derechos sociales entre varios sujetos y ante diversos órganos de decisión de conflictos. Las decisiones razonables deben situar y aplicar los derechos en circunstancias específicas. El enfoque preferido por el Tribunal Supremo les asigna a los tribunales la función de aclarar los principios, los derechos y los valores que deberían informar las decisiones basadas en los derechos, y en torno a los cuales los sistemas de reconocimiento de derechos deberían diseñarse y aplicarse. Las decisiones razonables deberían situar y aplicar los derechos en circunstancias específicas. En lugar de considerar si la Carta o los derechos humanos requieren que un beneficio o una protección sea reconocido explícitamente mediante una ley específica para cada contexto, este enfoque atiende a si la persona a cargo de tomar la decisión tiene la autoridad para otorgar el beneficio o la protección, y si las decisiones que se tomaron conforme a esa autoridad son congruentes con los derechos fundamentales. La calidad del proceso de decisión no se valora solo a partir de fundamentos procedimentales, sino también a la luz de las obligaciones sustantivas de los gobiernos de garantizar y proteger los derechos fundamentales. En su estudio de casos particulares concernientes a derechos de la Carta o derechos humanos internacionales aplicados en el ejercicio de la discrecionalidad de las autoridades, el Tribunal Supremo ha aclarado cómo estos tienen que ser considerados y aplicados por los encargados de tomar las decisiones, que deben desarrollar la competencia para garantizar los derechos en el ejercicio de la discrecionalidad, dentro de sus mandatos especializados. En lugar de esperar que los tribunales o

los órganos legislativos resuelvan los conflictos sobre las obligaciones legales y los derechos reconocidos en contextos específicos, se les exige a los administradores públicos cumplir con los estándares de razonabilidad basados en los derechos, y la intervención judicial solo se produce si no se cumplen esos estándares.

El cumplimiento del derecho a asignaciones presupuestales razonables: Newfoundland (Treasury Board) vs. NAPE

282
Bruce Porter

El Tribunal Supremo de Canadá ha reconocido que las políticas y los programas razonables implican muchas veces balancear expectativas competidoras sobre recursos limitados. Como se señaló, el Tribunal declaró en Eldridge que los encargados de tomar las decisiones no habían cumplido con la Carta cuando se negaron a financiar los servicios de interpretación, considerados como un gasto razonable a la luz de una ponderación de los costos proyectados frente a la importancia de la igualdad para las personas con discapacidad.

En el caso Newfoundland (*Treasury Board*) vs. NAPE⁷⁷, la ponderación necesaria era más difícil y el Tribunal Supremo de Canadá consideró que los encargados de la decisión habían actuado razonablemente teniendo en cuenta las restricciones presupuestales. En este caso, la asociación de empleados públicos y privados de Terranova (la Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employees - NAPE) demandó una norma de control de gastos públicos, la Public Sector Restraint Act,⁷⁸ que retrasaba en tres años la implementación de un programa de igualdad salarial. El resultado de ese retraso retroactivo era eliminar un pago inicial de 24 millones de dólares a trabajadores de áreas en las que el empleo era mayoritariamente femenino. El Gobierno argumentó que la medida era necesaria debido a “una crisis financiera sin precedentes en la historia de la Provincia”.⁷⁹ Los demandantes, por otro lado, argumentaban que esa cancelación constituía discriminación sexual, que no podía justificarse por razones presupuestarias. El Tribunal Supremo estuvo de acuerdo con los demandantes en que el derecho a la igualdad se había violado por la decisión que revocaba el pago retroactivo. El Tribunal determinó, sin embargo, que la medida estaba justificada en el contexto de una crisis fiscal que había llevado a recortes en todos los rubros del gasto público

77 Newfoundland (Treasury Board) vs. N.A.P.E., [2004] 3 SCR 381 [NAPE].

78 Public Sector Restraint Act, SN 1991, c 3.

79 NAPE, párr. 7.

del Gobierno, incluido el recorte de camas hospitalarias, el despido de muchos empleados y la reducción de programas sociales.

La decisión NAPE fue vista por muchos como un retroceso de los derechos de igualdad de las mujeres, puesto que ninguna decisión anterior había determinado que estos derechos pudieran limitarse por razones presupuestales. Sin embargo, desde la perspectiva de promover la intervención judicial en las reclamaciones sustantivas de derechos sociales, es improbable (y no necesariamente deseable) que los tribunales consideren demandas con importantes consecuencias presupuestales sin solicitar a los gobiernos, o a los grupos que defienden inversiones en otras necesidades insatisfechas en competencia por los mismos recursos, que proporcionen evidencia de qué cabe entender por medidas presupuestales razonables en circunstancias concretas. Garantizar la igualdad sustantiva para las mujeres y otros grupos conforme a la sección 15 de la Carta puede tratarse más de garantizar que los tribunales aplican un estándar sólido de “medidas presupuestales razonables”, conmensurable con la primacía de los derechos humanos y la igualdad, en vez de ignorar totalmente las consideraciones presupuestales en las decisiones judiciales sobre derechos.

Una cuestión que se planteó en el caso NAPE fue la calidad de las pruebas relativas al presupuesto que se presentaron al Tribunal. Varios comentaristas han criticado la disposición del Tribunal Supremo de aceptar la explicación del Gobierno sobre la crisis fiscal.⁸⁰ De hecho, fue una circunstancia desafortunada que se hubieran limitado los informes disponibles para el Tribunal Supremo de Canadá con los cuales poder evaluar la razonabilidad de la decisión presupuestal. El caso fue primero oído por un Consejo de Arbitraje de tres personas como respuesta a una queja tras la celebración del acuerdo colectivo. Las pruebas presentadas por el Gobierno al Consejo de Arbitraje con respecto a las limitaciones presupuestales fueron un extracto de las minutas sobre el debate legislativo y algunos documentos del presupuesto.⁸¹ Los testigos del Gobierno no habían estado involucrados en la ponderación de las diferentes opciones disponibles durante el proceso de aprobación del presupuesto.⁸²

80 Véase, por ejemplo, la sentencia reescrita del caso NAPE, redactada por Women’s Court of Canada, un grupo feminista en pro de la igualdad, formado por activistas, abogados y académicos que reescriben las principales decisiones que afectan los intereses de la mujer. *Newfoundland (Treasury Board) vs. NAPE*, 2006, 1 WCR 327 (<http://www.thecourt.ca/wp-content/uploads/2008/06/womenscourt-newfoundland.pdf>); véase también Mellon (2006, p. 135).

81 NAPE, párr. 55.

82 *Idem*.

Para valorar si la decisión del Tribunal Supremo en este caso se ajusta a los estándares internacionales sobre razonabilidad que se están desarrollando con respecto a la elaboración de presupuestos y recursos disponibles, es importante reconocer que la relación deuda/PIB en Terranova y Labrador era en esa época más alta que en cualquier otra provincia canadiense en los últimos veinte años (Norris, 2003). Terranova y Labrador tenían las tasas de desempleo más elevadas de toda la nación en el momento en el que se hicieron los recortes, en gran parte debido al colapso traumático de los bancos de bacalao. La provincia había combatido tasas de pobreza en las familias con hijos, que eran las más altas de Canadá (National Council on Welfare, 1992). Terranova tenía también una historia particular en relación con la deuda. El Dominio Independiente de Terranova había perdido su independencia de Gran Bretaña durante la Gran Depresión debido a una crisis fiscal inmanejable y la deuda fue también un elemento relevante en la discutida decisión posterior de convertirse en una provincia de Canadá en 1949 (Reynolds, 2009). Esta historia tiene un gran peso en la conciencia de Terranova. Es difícil, en circunstancias como estas, que un Consejo de Arbitraje o un tribunal anulara una decisión presupuestal para incrementar el déficit presupuestal proyectado en un 10 %.⁸³

Una consideración fundamental en el análisis de razonabilidad también debe ser si se le da prioridad a las necesidades de los grupos vulnerables.⁸⁴ A diferencia de otros gobiernos provinciales de Canadá, la provincia de Terranova y Labrador se comprometió a proteger totalmente las tasas de asistencia social para madres solteras de todo recorte durante años de fuerte restricción fiscal, con lo que mantuvo las tasas de asistencia social más elevadas para madres solteras en Canadá en términos reales (National Council on Welfare, 1992).⁸⁵ La exclusión de la asistencia social a las madres solteras debido a los recortes del gasto fue de importancia crucial para las mujeres que vivían en situación de pobreza cuando el declive de las pesquerías de bacalao, y la subsiguiente moratoria produjo el despido generalizado de las mujeres que trabajaban en empleos estacionales de bajos salarios. Aquellas que

83 *Ibid.*, párr. 72.

84 *Irwin Toy Ltd. vs. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 SCR 927 párr. 75; Porter (2006) y United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the "Maximum of Available Resources" under an Optional Protocol to the Covenant* (38th Session, 2007), UN-CESCROR, UN Doc E/C.12/2007/1 (2007).

85 Nótese que en 1999 Terranova seguía teniendo las tasas más altas para progenitores solteros.

dependían de la asistencia social en Terranova estaban en una posición significativamente más precaria y desfavorecida en el contexto de las medidas de austeridad que las empleadas en el sector público afectadas negativamente por la cancelación retroactiva del pago compensatorio.

El estándar de razonabilidad desarrollado por el Tribunal Supremo en NAPE debería garantizar que los tribunales continúan viendo las justificaciones presupuestales de los gobiernos con “escepticismo”, al mismo tiempo que reconocen que la ponderación razonable de las expectativas competidoras sobre los recursos es un elemento crucial en decisiones respetuosas de los derechos. El magistrado Binnie resume el enfoque del tribunal de la siguiente forma:

Me parece que el resultado de todo esto es que los tribunales continuarán mirando con fuerte escepticismo los intentos por justificar las violaciones de los derechos de la Carta por razones de restricciones presupuestales. No hacerlo así devaluaría la Carta porque siempre hay restricciones presupuestales y siempre hay otras prioridades urgentes del Gobierno. No obstante, los tribunales no pueden cerrar los ojos ante las emergencias financieras que ocurren periódicamente, cuando las prioridades tienen que ordenarse para que el Estado sortee la crisis. No se puede decir que al ponderar el retraso en el calendario para implementar la igualdad salarial frente al cierre de cientos de camas hospitalarias, como aquí, el Gobierno haya efectuado un ejercicio “cuyo único propósito es financiero”. El ejercicio de ponderación en este caso tiene que ver tanto con valores sociales como con dólares. En el caso presente, el “impacto potencial” son 24 millones de dólares canadienses, equivalentes a más del 10 % del déficit presupuestal para 1991-1992. El retraso en la implementación de la igualdad salarial es un asunto serio, pero también lo es (por ejemplo) el despido de 1300 empleados permanentes, 350 a tiempo parcial y 350 estacionales, y la eliminación para el público de los servicios que prestaban (National Council on Welfare, 1992, para 72).

Cabría defender, por tanto, que el estándar de razonabilidad aplicado en la decisión NAPE es compatible con los estándares de razonabilidad que están surgiendo internacionalmente. Es importante señalar que el Tribunal se negó a aceptar que hubiera que adoptar un criterio estándar de revisión respetuoso en relación con todas las decisiones presupuestales. El Tribunal rechazó con fuerza la posición formulada por el magistrado Marshal, ponente de la decisión de la mayoría en el Tribunal de Apelaciones de Terranova, que sugería que había que conceder un amplio margen de discrecionalidad a las medidas de política pública y presupuestal del Gobierno, basándose en una visión más tradicional de la separación de poderes entre los poderes Judicial y Legislativo. El magistrado Binnie respondió aclarando una distinción fundamental entre las decisiones consideradas “razonables” por los legisladores y

las que satisfacen los estándares de razonabilidad constitucionales o basados en los derechos que los tribunales están obligados a aplicar:

Sin duda el Parlamento y los órganos legislativos, en general, aprueban las medidas que, en representación de la opinión mayoritaria, consideran límites razonables y que a su criterio se han justificado. La deferencia a la elección del legislador en el grado propuesto por el magistrado Marshall limitaría y haría superfluo en gran medida el segundo estudio realizado por los tribunales conforme a la sección 1 de la Carta. La deferencia a la opinión de la mayoría en ese grado dejaría poca protección a las minorías. La propuesta del magistrado Marshall, con todo el respeto, no está basada en el texto de la sección 1, sino en la disolución del requisito de la justificación “demostrable”.⁸⁶

286

Bruce Porter

Aunque en NAPE el Tribunal falló en contra de los demandantes y les negó el remedio judicial que solicitaron, el estándar de razonabilidad desarrollado en la decisión tuvo una gran relevancia en el éxito posterior de los demandantes en conseguir ese derecho mediante una acción política, más que jurídica. Dos años después de que el Tribunal Supremo dictara esa sentencia, los ingresos procedentes del petróleo comenzaron a llegar a Terranova, por lo que los grupos de mujeres comenzaron una campaña de presión política que convenció al Gobierno de realizar el pago retroactivo de los 24 millones de dólares (Baker, 2006). La campaña política recurrió con fuerza al argumento del Tribunal Supremo de que se habían violado los derechos de las mujeres y que la medida de austeridad solo era admisible en las circunstancias de una crisis fiscal (Greene, 2010). En ese sentido, incluso negando el remedio buscado por los demandantes, el Tribunal había empoderado al grupo afectado y eso le permitió finalmente ganar el derecho que pretendían cuando las circunstancias fiscales cambiaron. El Tribunal estableció un marco para la evaluación de la constitucionalidad de las asignaciones presupuestales que requería que los derechos fundamentales, incluidos los sociales —como los derechos a la salud y al trabajo—, fueran ponderados de una manera razonable y justa frente a otras consideraciones, teniendo que prestar consideración especial a las necesidades de los grupos vulnerables. En una situación de mejora del entorno fiscal, la decisión NAPE empoderó a los ciudadanos afectados para que presionaran políticamente y consiguieran un resultado diferente, apoyándose en el mismo estándar de razonabilidad de las asignaciones presupuestales frente a los recursos disponibles, y las obligaciones con respecto a los derechos sociales que compiten por ellos.

86 NAPE, párr. 103.

Tanudjaja vs. Canadá: reclamar y hacer cumplir el derecho a una vivienda adecuada

Como se mencionó, Amartya Sen (1988), en una de sus primeras investigaciones de campo innovadoras, mostró que la pobreza y la hambruna no eran en general causadas por una escasez de bienes o por fallas puntuales de programas específicos, sino más bien por fallas generalizadas del sistema interdependientes de reconocimiento de los derechos. El sistema general de derechos a los subsidios de vivienda, la producción de vivienda social, las ayudas al ingreso, los derechos de propiedad y a la tierra, las leyes de vivienda, la planificación de uso del suelo, los programas sociales, las protecciones salariales, la seguridad social, la regulación de los agentes privados y otros aspectos parecidos tienen un efecto acumulativo y dejan a ciertos grupos sin acceso a una vivienda adecuada. El concepto de una falla estructural del sistema de reconocimiento de derechos es, por consiguiente, una caracterización apropiada de la crisis de las personas sin techo en Canadá. No hay un defecto único o una violación puntual que pueda ser corregida extendiendo o mejorando un beneficio existente o una norma jurídica concreta. Una estrategia efectiva de medidas e implementación de estas debe ocuparse del efecto acumulativo e interconectado de una multitud de leyes, políticas y programas que han creado un patrón sistémico de exclusión, viviendas inadecuadas y personas sin techo entre grupos específicos.

El concepto de falla estructural del sistema de reconocimiento de derechos parece especialmente adecuado para el contexto canadiense, en el que el hambre y el número de personas sin hogar se han generalizado en un momento de prosperidad y crecimiento económico. Los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas han identificado muchos de los elementos de esa falla del sistema de reconocimiento de derechos, como las ayudas inadecuadas al ingreso familiar, un salario mínimo bajo, la falta de seguridad en la posesión, la erosión de los derechos al territorio y a los recursos de los pueblos indígenas, subsidios de vivienda insuficientes, financiación inadecuada de la vivienda social, restricciones al seguro de desempleo que afectan a las mujeres y a los trabajadores de tiempo parcial, la falta de viviendas con apoyo para las personas que sufren de discapacidad mental, y protecciones inadecuadas de derechos humanos frente a la estigmatización creciente de las personas que viven en pobreza o sin techo.⁸⁷ Ninguna

87 United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights,

de esas falencias está justificada por la falta de recursos. Por el contrario, la evidencia apoya con claridad la afirmación de que los gobiernos conseguirían ahorros netos en los costos de los programas de servicios de salud, justicia y sociales, si tomaran medidas positivas para remediar la pobreza y la falta de vivienda (Jackman y Porter, 2014).

En *Tanudjaja vs. Canada*,⁸⁸ las personas afectadas por la falta de vivienda se unieron con una red de organizaciones para pedir a los tribunales que se ocuparan directamente mediante estrategias efectivas de la inacción actual de los gobiernos de Canadá con respecto a la crisis de derechos humanos relativa a las personas que carecen de techo y a las viviendas inadecuadas. Los demandantes de *Tanudjaja* querían garantizar, mediante un enfoque innovador con respecto a las medidas judiciales, que el Tribunal incluyera órdenes declaratorias y de seguimiento, y que los gobiernos desarrollaran, en consulta con las comunidades afectadas, una estrategia conjunta nacional y provincial para proveer vivienda. Como recomendaron los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, eso incluía mecanismos efectivos de control de la responsabilidad, fijación de objetivos y calendarios para la eliminación del problema de las personas sin techo, y la implementación del derecho a una vivienda adecuada. Los demandantes le solicitaron al Tribunal que conservara su jurisdicción de la misma manera que lo había hecho en el caso *Doucet-Beadreau*, ya explicado, para garantizar que la estrategia sería diseñada e implementada de manera oportuna, con la participación de las comunidades afectadas. La innovadora estrategia con respecto a los remedios desarrollada en el caso *Tanudjaja* fue adelantada por una gran red de grupos e individuos involucrados en la solución al problema de las personas sin vivienda.⁸⁹ La red estudió las recomendaciones de las autoridades internaciona-

Concluding Observations: Canada (Eighteenth Session, 1993), UN Doc E/C.12/1/Add.31 (1998); United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations: Canada* (Thirty-sixth session, 2006), UN Doc E/C.12/CAN/CO/4 & E/C.12/CAN/CO/5 (2006).

88 *Tanudjaja vs. Canada* (Ont Sup Ct File no CV-10-403688) (2011). Amended Notice of Application (mayo 26 de 2010) ([http://socialrightscura.ca/documents/legal/Amended%20Not.%20of%20App.\(R2H\).pdf](http://socialrightscura.ca/documents/legal/Amended%20Not.%20of%20App.(R2H).pdf)). *Tanudjaja vs. Attorney General (Canada)* (Application), 2013 ONSC 5410; *Tanudjaja vs. Canada* (Attorney General), 2014 ONCA 852; denegación de la posibilidad de presentar apelación ante el Tribunal Supremo de Canadá, Jennifer Tanudjaja, *et al. vs. Attorney General of Canada, et al.*, 2015 CanLII 36780 (SCC). Hay documentación adicional del caso disponible en <http://socialrightscura.ca/eng/legal-strategies-charter-challenge-homlessness.html>.

89 Para una descripción de las organizaciones de la sociedad civil y las movilizaciones que acompañan esta iniciativa judicial, y también de las estrategias legales y las pruebas, véase *Social Rights in Canada* (2010).

les de derechos humanos, como el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Vivienda Adecuada y el CDESC, que habían solicitado reiteradamente a los gobiernos canadienses que trabajaran de manera conjunta para adoptar una estrategia nacional, basada en los derechos, para ocuparse del problema de las personas sin techo. Después de muchos años de inacción del Gobierno, que no había respondido a esas recomendaciones críticas, privando así de derechos fundamentales reconocidos en la Carta a las personas que no tenían vivienda o tenían una vivienda inadecuada —como el derecho a la vida, a la seguridad de la persona y a la igualdad—, los interesados decidieron que los tribunales canadienses debían participar a la hora de garantizar que se actuara conforme a esas autorizadas recomendaciones. En los años anteriores se presentaron demandas con respecto a elementos del derecho a una vivienda adecuada en Canadá, como la insuficiente seguridad de las protecciones en la posesión para algunos grupos sociales (Sparks⁹⁰), requisitos de renta que descalifican a las personas de bajos ingresos,⁹⁰ tasas de asistencia social inadecuadas para grupos específicos,⁹¹ costos excesivos de los servicios públicos para hogares de bajos ingresos⁹² y prohibiciones de construir refugios temporales en los parques (Adams). En esos casos se apeló al derecho internacional de derechos humanos para alentar a los tribunales a interpretar los estatutos existentes y los derechos constitucionales de tal manera que se promoviera el derecho a la vivienda.

Antes del caso Tanudjaja los tribunales nunca habían considerado una demanda constitucional que solicitara un remedio integral dirigido a ocuparse de la crisis de las personas sin vivienda como una violación de derechos humanos en sí misma, que requería una estrategia integral de medidas judiciales múltiples, con varias dimensiones, y tuviera que implementarse en un plazo específico. Ningún grupo o individuo había presentado una demanda que solicitara, como medida judicial, una respuesta coherente al problema de las personas sin techo. Aunque aspirar a que este problema sea solucionado por un único caso judicial parece ambicioso, la demanda reconocía que el problema de estas personas era evidentemente solucionable en Canadá. Sin embargo, la solución no podía reducirse al reconocimiento de un único derecho o a una política. La demanda no alegaba que hubiera que proporcionarle una

90 *Kearney vs. Bramalea Ltd.* (1998), 34 CHRR D/1 (Ont. Bd. Inq.), confirmada en *Shelter Corporation vs. Ontario Human Rights Commission* (2001), 143 OAC 54 (Ont. Sup. Ct.); *Whittom vs. Quebec* (Commission des droits de la personne) (1997), 29 CHRR D/1 (Que. CA).

91 *Gosselin vs. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 SCR 429, 2002 SCC 84.

92 *Boulter vs. Nova Scotia Power Incorporated*, 2009 NSCA 17.

vivienda a todo el mundo. En lugar de eso, invocaba que los gobiernos debían tomar decisiones y rediseñar las políticas y los programas públicos de manera tal que se redujera y, en última instancia, se eliminara el problema de las personas sin vivienda. El derecho a dormir debajo de una caja en un parque, que se había ganado en *Victoria vs. Adams*,⁹³ era un remedio desproporcionado por insuficiente cuando se comparaba con la abundancia de recursos de Canadá. En *Tanudjaja*, los demandantes solicitaban un remedio que se ajustara más a los estándares internacionales de razonabilidad basados en los recursos disponibles.⁹⁴

En lugar de intentar identificar una ley específica que pudiera ser demanda y solicitar una medida judicial más tradicional, basada en una ley, quienes presentaron la demanda en *Tanudjaja* se preguntaron primero qué clase de remedio sería efectivo y en función de ello configuraron su solicitud de las medidas remediales requeridas para ocuparse del problema de las personas sin vivienda. Para proporcionar coherencia y especificidad al incumplimiento alegado, los demandantes identificaron como una violación primordial de derechos la falla del Gobierno en implementar una estrategia integral que se ocupara de las personas sin techo, y de las viviendas inadecuadas. La principal violación alegada en *Tanudjaja*, como en *Eldedrige*, fue la ausencia de una respuesta razonable de los gobiernos frente a las necesidades de un grupo vulnerable, omisión que equivalía a una violación de los derechos de la Carta. El no haber adoptado una estrategia de vivienda había producido violaciones del derecho a la vida, a la seguridad de la persona y a la igualdad de grupos desfavorecidos de la sociedad, los más vulnerables al problema de la falta de techo. Los demandantes le solicitaban al Tribunal ordenar a los gobiernos federal y provincial que dialogaran significativamente con los interesados y diseñaran una estrategia efectiva para implementar el derecho a una vivienda adecuada en un periodo razonable de tiempo.

Los demandantes proporcionaron pruebas con respecto a la estigmatización y la discriminación contra las personas sin vivienda y del efecto desproporcionado que tenía la falta de esta en las personas con discapacidades físicas y mentales, pueblos indígenas, mujeres, niños e inmigrantes recientes, con lo que se alegaba que el fracaso del Gobierno a la hora de implementar una estrategia que se ocupara de las personas sin vivienda tenía un efecto discriminatorio en grupos protegidos. Hay bastantes pruebas sobre los efectos de carecer de vivienda en la vida y la salud. En su declaración jurada de apoyo a la demanda,

93 *Idem.*

94 *Tanudjaja vs. Attorney General (Canada)*, 2013 ONSC 1878.

Cathy Crowe, una enfermera que ha trabajado durante más de veinte años con la gente que vive en la calle en Toronto describe algunas de las consecuencias de la falta de vivienda de las que ella ha sido testigo:

He visto infecciones y enfermedades que acaban con las vidas de las personas sin hogar: lesiones por congelación, deshidratación, neumonías, diarrea crónica, hepatitis, infección por VIH e infecciones de la piel por picaduras de chinches. Para las personas que viven en viviendas adecuadas, esas enfermedades son curables o manejables. Sin embargo, para la gente que no tiene vivienda es mucho más difícil. Las personas sin vivienda tienen una exposición mucho mayor a los agentes infecciosos y a las plagas de pulgas y chinches; sufren más del riesgo de depresión. A eso se suma su acceso reducido a los servicios de salud.⁹⁵

Los demandantes en este caso trabajaron con voluntarios, expertos y organizaciones comunitarias para juntar un expediente de 16 volúmenes con casi 10.000 páginas, que contenía 19 declaraciones juradas, 13 de ellas de expertos (como Miloon Kothari, el ex-Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Vivienda Adecuada). Después de que se mostrara toda la evidencia, el Gobierno federal y la administración de Ontario presentaron una moción para que el caso fuera rechazado de plano, sin audiencia y sin valoración de las pruebas, sobre la base de que la demanda, como se había formulado de acuerdo con el Anuncio de solicitud, no contenía pretensiones exigibles ante los tribunales y no tenía oportunidades razonables de éxito.

Grandes coaliciones internacionales y nacionales que trabajan en temas de derechos humanos, de vivienda y de lucha contra la pobreza intervinieron en el caso, defendiendo la exigibilidad judicial de las pretensiones de la demanda, y destacaron que las reclamaciones de derechos que buscan estrategias de medidas efectivas frente a las violaciones sistémicas de derechos humanos deberían ser bienvenidas y no rechazadas por los tribunales, porque garantizan el acceso a la justicia de los grupos más marginados de la sociedad canadiense.⁹⁶

Por desgracia, los argumentos de los gobiernos fueron aceptados por el Tribunal Superior de Ontario y por dos de los tres jueces del Tribunal de Apelaciones de esta provincia. La mayoría del Tribunal de Apelaciones declaró que las pretensiones no eran exigibles

95 Catherine Crowe, "Affidavit for Tanudjaja vs. Attorney General (Canada)", Ont Sup Ct File CV-10-403688 (2011), párrs. 23-24 (<http://www.acto.ca/assets/files/cases/Afd.%20of%20CROWE,%20Former%20Street%20Nurse%20-%20FINAL.pdf>).

96 Para una lista de los grupos que intervinieron ante el Tribunal de Apelaciones y copias de sus alegatos escritos, véase Social Rights in Canada, "Motion To Dismiss - Charter Challenge to Failures to Address Homelessness and Inadequate Housing in Canada".

judicialmente porque una demanda que afirma en esencia que los gobiernos “no le han dado la prioridad suficiente al problema de las personas sin vivienda y a la vivienda inadecuada”⁹⁷ afecta a demasiados programas y políticas públicas a la vez, que interactúan entre sí, como para ser susceptible de decisión por los tribunales. En lugar de exigirle a los gobiernos que justifiquen el no haber implementado un plan y una estrategia coherentes para coordinar los programas y las políticas que interactúan entre sí y que afectan a las personas sin vivienda, como han recomendado muchos expertos y órganos internacionales de derechos humanos, la mayoría del Tribunal de Apelaciones de Ontario se limitó a negar a las personas sin techo la posibilidad de una audiencia de pruebas. A pesar del firme salvamento de voto de uno de los tres jueces del Tribunal de Apelaciones, el Tribunal Supremo de Canadá negó después la apelación en el caso, con lo que la exigibilidad judicial de las demandas que solicitan remedios estratégicos para las personas sin vivienda en Canadá tendrá que ser determinada por el Tribunal Superior en algún caso futuro que tardará años en prepararse. Los demandantes, mientras tanto, están considerando vías para presentar su reclamación ante los órganos regionales o internacionales, como una comunicación al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Una valoración retrospectiva de la estrategia relativa a los remedios en *Tanudjaja* podría considerar si haber desarrollado el caso en torno a un único beneficio hubiera evitado los prejuicios existentes sobre la exigibilidad judicial. Sin embargo, afirmar una falsa simplicidad frente a las violaciones sistémicas de los derechos sociales tampoco es una garantía de éxito. Los tribunales hubieran invocado probablemente la misma complejidad de las políticas interrelacionadas para sugerir que las intervenciones judiciales en torno a un único beneficio negarían la complejidad del problema de las personas sin vivienda. La mayoría del Tribunal de Apelaciones señaló que:

Todos estamos de acuerdo en que la política de vivienda es enormemente compleja. Está influenciada por asuntos tan diversos como usos del suelo, tasas de interés, procedimientos que regulan las relaciones entre propietarios y arrendatarios o tratamiento fiscal de la vivienda de alquiler, por no decir nada de la participación del sector privado y del Estado en la economía en general. Tampoco puede tratarse la política de vivienda de manera monolítica. Las necesidades de las comunidades aborígenes, de las regiones norteñas y de los centros urbanos son diferentes a lo ancho del país.⁹⁸

97 *Ibid.*, párr. 34.

98 *Tanudjaja vs. Canada* (Attorney General), 2014 ONCA 852, párr. 34.

La cuestión discutida en Tanudjaja no fue, en última instancia, la de cuál era la estrategia de litigio apropiada o la mejor estrategia con respecto a los remedios, sino si las personas sin vivienda tendrán acceso a la justicia en Canadá para proteger sus derechos a la vida y la igualdad. No hay duda de que si el tribunal se hubiera comprometido con la protección de esos derechos, hubiera determinado favorablemente su competencia para examinar las pruebas presentadas por los demandantes y para considerarlas a la luz de los argumentos y de las pruebas que pudieran haber presentado los gobiernos para justificar el no haber introducido las estrategias recomendadas. Los demandantes y los coadyuvantes reconocieron correctamente que la función del tribunal no era diseñar ni implementar la estrategia requerida para ocuparse de una amplia variedad de políticas y programas. En lugar de eso, solicitaron la competencia del Tribunal para considerar las valoraciones de los expertos sobre si una estrategia como esa podría remediar las violaciones de derechos de aquellos que hoy no tienen un techo. La demanda configuraba, en su estructura, el enfoque adoptado en Eldridge y Doucet-Boudreaux con respecto a los remedios. La mayor complejidad de la cuestión sistémica de las personas sin vivienda se corresponde con el número mucho más grande de afectados y con las violaciones mucho más extendidas e indignantes de los derechos; ese elemento debería, sin duda, haber animado a los tribunales a estudiar las pruebas presentadas. El que los tribunales les nieguen a aquellos afectados por estas clases de violaciones sistémicas el acceso a las audiencias, incluso si su derecho a la vida está en juego, pone en peligro la integridad de la democracia constitucional de Canadá. Lo que se discute es si las víctimas de las violaciones más graves de los derechos sociales en Canadá tendrán acceso a remedios y a estrategias de cumplimiento efectivas en los tribunales.

Conclusiones: abordar las fallas estructurales del sistema de reconocimiento de derechos y hacer cumplir las medidas judiciales transformadoras

A la hora de considerar la relevancia de la experiencia canadiense para otros países, es importante reconocer que la clase de fallas del sistema de reconocimiento de derechos que se denuncia en el caso Tanudjaja no está restringida a los países ricos con programas sociales amplios. La investigación de Sen ha mostrado que lo que es más obvio en los países ricos (es decir, que las violaciones de derechos sociales están más relacionadas con el sistema de reconocimiento de derechos que con la

escasez de recursos) se aplica también en el contexto de las economías en desarrollo, solo que con consecuencias más graves. En todos los países, el hambre o la falta de techo ocurre cuando se le priva de acceso a la alimentación o a la vivienda a ciertos grupos porque sus derechos no cuentan como prioridad en el sistema existente de ingresos, propiedad y reconocimiento de otros derechos, sean tierras y derechos de propiedad, leyes de vivienda, planificación urbana, programas sociales, protecciones salariales, seguridad social, programas de ayuda internacional o regulaciones de los particulares. Por tanto, los problemas del hambre y la falta absoluta de vivienda no se solucionan simplemente garantizando que los gobiernos o las organizaciones caritativas proporcionen a los que viven en la pobreza vivienda y alimentos, aunque sin duda eso es necesario a corto plazo. El sistema de reconocimiento de derechos debe transformarse en uno que les dé prioridad a los derechos de aquellos que han sido marginados y cuyos derechos no han sido considerados apropiadamente en el diseño y la implementación de programas, leyes y reglamentos. Es crucial que a partir de estrategias de uso de los tribunales se desarrollen remedios ejecutables que se ocupen de la necesidad de un proyecto transformador de derechos sociales, en lugar de uno que confíe únicamente en remedios judiciales puntuales estructurados como correcciones al reconocimiento de derechos existentes.

Las demandas sobre derechos sociales exigibles ante los tribunales se han concebido en el pasado como reclamaciones de derechos a bienes o servicios sociales que cumplen con ciertos criterios de idoneidad, o como protecciones frente a la privación real de esos bienes o servicios. En algunos casos, como los relativos a discriminación o desalojo de la vivienda, las reclamaciones sobre derechos sociales pueden corresponder exactamente a esa clase de derechos reconocidos y pueden promoverse en el marco de los remedios judiciales y mecanismos de cumplimiento tradicionales. Las reclamaciones basadas en el sistema de derechos reconocidos pueden involucrar remedios positivos, al extender los derechos ya existentes a grupos previamente excluidos, o mediante la solicitud de medidas positivas para cumplir con los requisitos legales o constitucionales, tal y como sean interpretados por los tribunales.

Sin embargo, cada vez más se reconoce que si se quiere que las reclamaciones de derechos sociales se ocupen de los problemas más críticos de la exclusión y la privación, deben también ocuparse de la dimensión estratégica o finalista de la política pública, del diseño y la implementación de los programas, y de los requisitos de la realización progresiva de los derechos recogida en el artículo 2(1) del PIDESC. Las reclamaciones de derechos sociales que abordan esa dimensión no

pueden estructurarse totalmente mediante demandas efectuadas en el marco del sistema de derechos reconocidos existente. Deben intentar implementar estrategias transformadoras para reformular el sistema de reconocimiento de derechos en torno a los derechos sociales, y remediar las fallas generales de ese sistema, que van más allá de una ley o un programa específicos. En lugar de definir la violación y el remedio a partir de la privación injusta o la exclusión discriminatoria en el marco de una ley existente o del sistema de derechos reconocidos, esas reclamaciones buscan las causas estructurales de las violaciones de los derechos sociales y crean un marco de remedios en torno al proyecto transformador de hacer realidad los derechos sociales.

Existe una clara tensión entre las reclamaciones correctivas o basadas en el sistema de derechos reconocidos, como las de los casos Sparks o Vriend, que extienden las protecciones legislativas existentes a los grupos excluidos, y los casos como Eldridge, Doucet-Boudreau y, sobre todo, Tanudjaja, en los que el cumplimiento de las sentencias puede requerir nuevas iniciativas legislativas y la creación de nuevas instituciones y programas mediante la intervención significativa de los interesados o los reclamantes de derechos.

La dimensión transformadora de los remedios y el cumplimiento de los derechos sociales es más obvia en reclamaciones como las que se presentaron en Tanudjaja. Las reclamaciones de derechos sociales que identifican exclusiones específicas y buscan remedios inmediatos pueden tener también efectos transformadores a más largo plazo; no obstante, en el marco legislativo existente estas se basan en las interpretaciones del derecho y de lo que constituye un ejercicio razonable de la autoridad conferida para tomar decisiones, y ambas cosas están ligadas a la realización de los derechos sociales. Las demandas basadas en la reclamación de un único derecho, como las de Sparks o Vriend, pueden a veces ofrecer el enfoque más estratégico para combatir la desvalorización de los derechos de ciertos grupos. En otros casos, como Eldridge o Insite, interpretar y aplicar las leyes de una forma que sea congruente con los derechos sociales puede ser la vía más efectiva de promover los valores de dichos derechos y ocuparse de problemas sistémicos más generales. Es importante reconocer la dimensión transformadora de la función interpretativa de los tribunales y reclamarla, puesto que darles significado a los derechos en un contexto legislativo específico es un elemento crítico de las estrategias transformadoras de derechos, ya se basen en reclamaciones jurídicas o en tácticas más amplias de movilización social, educación del público y activismo político.

El éxito de las demandas judiciales por la igualdad de derechos en cuestiones como el matrimonio entre personas del mismo sexo en

Canadá es un buen ejemplo del potencial transformador de las reclamaciones basadas en el reconocimiento de derechos. Las demandas presentadas por la comunidad LGBT en Canadá fueron en gran medida denuncias a las exclusiones de los derechos o protecciones legales existentes. No obstante, esas reclamaciones han demostrado tener un efecto transformador inmenso. La inclusión de la orientación sexual en la legislación de derechos humanos, y la inclusión de las parejas del mismo sexo en el sistema de beneficios, limitado antes a las parejas heterosexuales, además de proporcionar los beneficios y la protección negados en el pasado, han ayudado a redefinir los conceptos discriminatorios de familia, relaciones de pareja estables y matrimonio. Denunciar las exclusiones discriminatorias en el marco existente de derechos reconocidos, cuando se relacionan exitosamente con los patrones sistémicos de marginación y discriminación, produce una revaluación de los derechos de aquellos a quienes se los habían negado previamente.⁹⁹

La jurisprudencia canadiense sobre igualdad ha hecho importantes contribuciones a la comprensión de la dialéctica entre las reclamaciones basadas en derechos ya reconocidos y los fines transformadores de las demandas sobre derechos sociales. La rica historia de Canadá con respecto a la igualdad sustantiva, en comparación con otros países, a partir de la jurisprudencia en el marco de la legislación federal y provincial de derechos humanos durante las décadas de los setenta y ochenta, se plasmó en compromisos excepcionales de conformidad con la sección 15 de la Carta (Porter, 2006). Los tribunales canadienses tuvieron una intervención innovadora al ligar el derecho a la no discriminación con obligaciones positivas que fueran capaces de ocuparse de los obstáculos estructurales a la igualdad. Uno de los primeros ejemplos fue el caso *Action Travail des Femmes*, en el que una organización de mujeres presentó denuncias contra la empresa canadiense de ferrocarriles, la Canadian National Railway, por discriminación sexual sistemática. En ese caso, el remedio otorgado por el tribunal de derechos humanos y ratificado por el Tribunal Supremo de Canadá incluyó un programa de oportunidades laborales que remediara la subrepresentación de las mujeres y otros efectos continuados de la discriminación sistemática en la industria.¹⁰⁰ Canadá fue también la primera democracia constitucional que incluyó la discapacidad como una justificación constitucionalmente prohibida de la discriminación, y reconoció que la no discriminación implica obligaciones positivas de ajustarse

99 Para un resumen de estos desarrollos, véase Smith (2005).

100 *CN vs. Canada* (Canadian Human Rights Commission), [1987] 1 SCR 1114.

razonablemente a las necesidades únicas de las personas con discapacidad. Ese legado sigue siendo un importante punto de referencia para la idea de igualdad sustantiva. Aunque los tribunales canadienses a veces no han querido aplicar el enfoque sustantivo sobre igualdad que está en el centro de las expectativas históricas de la Carta canadiense (Porter, 2006; Jackman, 2010), la conclusión del Tribunal en Eldrige de que la autoridad conferida para tomar decisiones debe ejercerse de tal forma que los gobiernos cumplan sus obligaciones positivas de garantizar la igualdad sigue siendo aplicable y proporciona cimientos firmes para las reclamaciones de igualdad transformadoras basadas en la Carta y que recurren al derecho administrativo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sugiere, como se ha descrito, convergencia e interdependencia entre diferentes enfoques de razonabilidad, incluidos el de la proporcionalidad y la revisión de los límites razonables conforme a la Carta, la revisión de la razonabilidad del derecho administrativo, y el requisito de la acogida razonable de las necesidades de grupos protegidos contra la discriminación, como las personas con discapacidades, entre otras.¹⁰¹ El Tribunal ha adoptado un estándar riguroso de revisión de la razonabilidad en todos esos contextos, que puede aplicarse de manera compatible con los compromisos de Canadá en relación con los derechos humanos internacionales y con el estándar internacional incipiente recogido en el Protocolo Facultativo del PIDESC (Porter, 2009; Griffey, 2011). Es ese derecho a decisiones y políticas razonables, informado por los valores internacionales de los derechos humanos, el que aúna potencialmente las reclamaciones individuales de derechos reconocidos y las reclamaciones transformadoras, más estructurales, mostrando así una estrategia que va más allá del cumplimiento de decisiones judiciales específicas y se mueve hacia otra de transformación social basada en los valores de los derechos humanos. El derecho a decisiones y políticas razonables requiere razonabilidad en la aplicación de los derechos reconocidos legalmente, pero también, más en general, el diseño y la implementación de estrategias razonables para hacer efectivos los derechos sociales.

Muchos demandantes no están en posición de prescindir de los remedios individuales, como lo hicieron los demandantes del caso Tanudjaja. En este, los demandantes renunciaron de forma intencional a toda reclamación individual y buscaron solo una medida sistémica mediante una estrategia de derechos que pusiera fin al problema de las personas sin hogar e implementara el derecho a una vivienda

101 Para un estudio de estas convergencias antes de la decisión del Tribunal Supremo en Doré, véase Gratton y Sossin (2010).

adecuada. En otras situaciones es preferible pedirle al Tribunal que conceda remedios individuales inmediatos. El uso estratégico de los tribunales que busca encontrar soluciones sistémicas debería complementarse con una enorme variedad de reclamaciones individuales de beneficios específicos, de resistencia a los desalojos o contra las políticas discriminatorias que son cruciales para el activismo en pro del derecho a la vivienda en Canadá y otros lugares, más que desplazar esa clase de reclamaciones. Hay espacio de sobra para ambas.

Los sistemas de gobernanza modernos, en los que muchos servicios y programas son contratados por el Estado y en los que abundan formas complejas de asociaciones público-privadas, exigen enfoques innovadores a los remedios y al cumplimiento de los derechos sociales. Las nuevas estrategias relativas a los remedios deben reflejar la multiplicidad de sujetos y la diversidad de contextos legislativos, judiciales y de política pública en los que hay que presentar las reclamaciones de derechos sociales. La regulación pública de los agentes privados, ya sea mediante sus obligaciones contractuales o la supervisión judicial, en especial cuando se les han delegado responsabilidades públicas del Estado con respecto a los derechos sociales, como en el caso *Eldridge*, debe significar mucho más que abstenerse de causar daños. Los agentes privados que asumen obligaciones públicas deben tener también obligaciones positivas con respecto a la realización de los derechos sociales, como participar en las estrategias para hacer efectivos dichos derechos con el paso del tiempo. El enfoque moderno con respecto a los remedios y el cumplimiento de los derechos sociales debe ocuparse, por tanto, de las áreas de la política pública, el desarrollo de programas y la planificación que a menudo no han sido objeto de escrutinio sobre derechos humanos en el pasado debido a los retos de hacer cumplir los remedios en ese contexto.

Reconocer que hay múltiples sujetos que son titulares de deberes no reduce la responsabilidad del Estado por las violaciones de los derechos sociales. Aunque los particulares pueden ser responsables directos de las violaciones, los patrones de exclusión y desventaja sistémicos son mantenidos y reforzados por las fallas del Estado a la hora de prevenirlos y remediarlos mediante los medios legislativos (y de otras clases) apropiados. Como señaló adecuadamente el Tribunal Supremo de Canadá en *Vriend*: “Incluso si la discriminación se sufre a manos de particulares, es el Estado el que niega la protección frente a la discriminación”.¹⁰² Gozar de protección frente a la discriminación de los particulares les impone a estos deberes positivos y negativos, como

102 *Vriend*, párr. 103; véase, en general, Jackman (1998) y Porter (1999).

la obligación de atender las necesidades de los grupos desfavorecidos o de ocuparse de la desigualdad sistémica. En ese mismo sentido, el deber del Estado de hacer efectivos los derechos sociales mediante medidas razonables, conmensurables con el máximo de recursos disponibles, tiene que recaer también sobre los particulares a los que se les delega la autoridad pública, como en *Eldridge*, cuando se obligó a los hospitales privados a cumplir con los estándares de razonabilidad de la Carta. Los intrincados vínculos entre la política estatal y las exclusiones y desigualdades creadas por el mercado privado les exigen a los demandantes un enfoque más estratégico, de principios, con respecto al desarrollo, la regulación y la legislación de las políticas públicas basadas en los derechos. Los remedios efectivos deben ocuparse de los procesos democráticos, institucionales y administrativos de los distintos niveles de gobierno y de las decisiones públicas delegadas a terceros para reivindicar los derechos en el contexto de las nuevas formas de gobernanza. Debe estructurarse un nuevo diálogo entre gobiernos, interesados, instituciones de derechos humanos, encargados de las decisiones administrativas, tribunales y jueces en torno a la realización de los derechos y los intereses en juego para los titulares de derechos, del cual debería surgir una nueva comprensión de los deberes.

La función ampliada de los órganos administrativos con respecto a decisiones determinantes de los derechos significa que un estándar más “sólido” de razonabilidad, expresado en forma parecida al del Tribunal Supremo de Canadá, como el elaborado por la Corte Constitucional de Sudáfrica y los órganos internacionales de derechos humanos, puede ayudar a iniciar nuevos diálogos y servir de guía para los resultados. La razonabilidad se ha convertido en un marco importante para controlar la responsabilidad de los encargados de tomar decisiones administrativas y para el cumplimiento de los valores y las normas de derechos humanos más allá de los tribunales, entre aquellos encargados de tomar decisiones. Defender y hacer cumplir decisiones razonables, respetuosas de los derechos, en una amplia variedad de entornos es muy exigente para las organizaciones activistas y los grupos de reclamantes, que cuentan con fondos escasos. Sin embargo, los beneficios potenciales de esos nuevos enfoques, con su rango amplio de aplicación, no deben descartarse. Las reclamaciones de derechos sociales tienen que ocuparse invariablemente de cuestiones que versan sobre qué es lo razonable en un contexto determinado. No es útil para los fines a largo plazo del activismo de los derechos sociales intentar evitar los elementos “blandos” ligados a las decisiones en función del contexto, en aras de buscar remedios duros y rápidos en todos los casos.

La reticencia judicial a abordar las fallas sistémicas generales, en lugar de las privaciones o exclusiones puntuales, sigue siendo un gran obstáculo a las demandas judiciales efectivas sobre derechos sociales en Canadá. El Tribunal Supremo ha insistido en no decidir el problema de si hay una obligación de aprobar programas y beneficios *ab initio* con el fin de garantizar los derechos sociales.¹⁰³ No obstante, al mismo tiempo el Tribunal Supremo reconoció que la Carta canadiense se aplica tanto a los incumplimientos de los gobiernos, es decir a sus omisiones, como a sus acciones.¹⁰⁴ En última instancia, no hay ninguna justificación, en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que los gobiernos se excusen en que no tienen obligaciones constitucionales para no promover medidas legislativas y políticas que garanticen los derechos. Esa posición es contraria a las obligaciones internacionales de derechos humanos de Canadá, según las cuales deben adoptarse las medidas legislativas necesarias para implementar los derechos humanos, y es también contraria en su esencia a la afirmación del Tribunal de que los remedios deben ser efectivos y pertinentes. Los enfoques a los remedios y al cumplimiento de los derechos deben ajustarse al reconocimiento incipiente de que la Carta canadiense impone obligaciones tanto positivas como negativas.

La reticencia del Tribunal Supremo a reconocer obligaciones positivas conforme a la Carta ha significado que en ciertas ocasiones los tribunales no hayan protegido adecuadamente los objetivos más amplios de esta y de los derechos humanos en el diseño y el cumplimiento de los remedios. Uno de los primeros ejemplos de este fracaso fue una decisión del Tribunal de Apelaciones de Nueva Escocia en uno de los primeros casos sobre asistencia social basados en la Carta. Tras determinar que la menor asistencia social a los padres solteros respecto de las madres solteras era discriminatoria, el Tribunal eligió remediar la discriminación reduciendo los beneficios para las madres al nivel de los padres, es decir, "igualando por lo bajo" y estableciendo niveles idénticos de asistencia gravemente inadecuados.¹⁰⁵ El Tribunal Supremo de Canadá criticó correctamente ese enfoque remedial como "igualdad revestida de venganza" (Schachter). En Vriend, aunque la mayoría del Tribunal ordenó que se interpretara que la legislación provincial de derechos humanos incluía "la orientación sexual", no llegó a declarar como obligación positiva hacer efectiva la legislación de derechos

103 Esa fue la posición oficial del Tribunal en Eldridge, Vriend y NAPE.

104 Vriend, párr. 60.

105 Attorney-General of Nova Scotia vs. Phillips (1986), 34 DLR (4th) 633 (NSCA).

humanos, ya que lo consideró innecesario en ese caso. El magistrado Major, en su salvamento de voto, estuvo en desacuerdo con respecto al remedio, que pensó que debía ser declaratorio con el fin de que el órgano legislativo escogiera “una ley de derechos humanos que incluyera la orientación sexual como razón prohibida de discriminación”.¹⁰⁶ El salvamento de voto le dio fuerza a los grupos de derecha en Alberta para “hacer cumplir” la decisión del Tribunal Supremo pidiendo, en venganza, que se derogara la legislación de derechos humanos de ese momento.¹⁰⁷ Es evidente que un enfoque más coherente y congruente con el problema de las obligaciones sustantivas y los remedios se basa en el reconocimiento de las obligaciones positivas de aprobar la legislación y los programas necesarios, con un diseño y una elección de remedio más allá de los límites de derechos específicos legalmente reconocidos, para llevar la legislación hacia el fin de la realización sustantiva de los derechos.

La timidez judicial con respecto a los derechos positivos en Canadá se basa a menudo en una atención errónea a la relación entre tribunales y órganos legislativos que deja por fuera de juego los derechos de los demandantes y los intereses en cuestión. La expansión del “diálogo” entre tribunales y órganos legislativos, para enriquecerlo con procesos democráticos que aseguren que se escucha a los demandantes de derechos, por tanto, vital para el cumplimiento efectivo de las demandas sistémicas en el país. La división rígida entre el proceso de audiencias judiciales, en las que se escuchan las voces de los demandantes, y el proceso de determinación de las medidas, del cual se excluyen muy a menudo, está condenada al fracaso.

La participación efectiva de los titulares de los derechos debe incorporarse a los estándares de razonabilidad aplicables a las decisiones de la administración, y los tribunales deben estructurar las órdenes de cumplimiento dando participación a todos los agentes relevantes en un proceso de responsabilidad continuo y fundamentado en los derechos sustanciales. Las violaciones de los derechos sociales son, en general, el resultado de fallas del control democrático de la responsabilidad de las autoridades y de la poca inclusión social; por tanto, las medidas dirigidas a solucionar las violaciones de derechos sociales deben ser ejecutadas de tal manera que creen nuevas formas de participación y responsabilidad democráticas, que empoderen a las comunidades marginadas para que intervengan de forma significativa en los procesos de toma de decisiones. La lucha por una voz significativa y el

106 Vriend, párr. 196 (el magistrado Major hizo una aclaración de voto).

107 Véase, por ejemplo, Byfield (1995).

empoderamiento democrático mediante medidas judiciales efectivas es compartida por los activistas y reclamantes de derechos en Canadá con aliados de otros lugares, y cabe esperar que se beneficie de los progresos logrados en las Naciones Unidas y en otros sistemas nacionales y regionales en cuanto al diseño de remedios más participativos y efectivos contra las violaciones de derechos sociales. En todos esos ámbitos, los activistas y los reclamantes de derechos a veces deben ser tercos frente a la resistencia e insistir en que las ideas dominantes de justicia y de cumplimiento de los remedios se adapten a las exigencias de aquellos a quienes se les han negado, desde hace demasiado tiempo, la justicia y los remedios efectivos.

302

Bruce Porter

Referencias

Abbott, K. W. y Snidal, D. (2000). Hard and soft law in international governance. *International Organization*, 54 (3), 421-456.

Acker, A. (s.f.). Declaración vía correo electrónico. En archivo del autor.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Acnudh) (2012). Olivier de Schutter, Special Rapporteur on the right to food: Visit to Canada from 6 to 16 May 2012: End-of-mission statement. Recuperado de <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12159&LangID=E>.

Arbour, L. (2005). *Freedom from Want — From Charity to Entitlement*. Quebec City: LaFontaine-Baldwin Lecture.

Baker, J. (2006). Pay equity cash “addresses a wrong”. *The Telegram* (St. John’s). Recuperado de http://nlpayequity.cupe.ca/nlpayequity/Article_from_the_St_

Byfield, L. (1995). The Supreme Court has left Alberta no choice but to repeal its human rights act. *Alberta Report*, 22 (26), 2-3.

CBC News (2012). Vancouver’s ban on homeless street sleeping challenged. Recuperado de <http://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/story/2012/11/21/bc-homeless-lawsuit.html>.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2009). Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context, Miloon Kothari - Addendum - Mission to Canada (9 a 22 de octubre de 2007) (Tenth session, 2009), A/HRC/10/7/Add.3.

Chayes, A. y Chayes, A. (1995). *The New Sovereignty — Compliance with International Regulatory Agreements*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

General Manager of Engineering Services (2011). *Structures for Public Expression on City Streets*. Vancouver: Standing

- Committee on Planning and Environment. Recuperado de <http://former.vancouver.ca/ctyclerk/cclerk//20110407/documents/penv1StructuresforPublicExpressiononCityStreets.pdf>
- Government of Canada (2013). OP — 10 Permanent residency status determination. Recuperado de <http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/op10-eng.pdf>
- Gratton, S. L. y Sossin, L. (2010). In search of coherence: The charter and administrative law under the McLachlin Court. En Dodek, A. y Wright, D. (eds.). *The McLachlin Court's First Ten Years: Reflections of the Past and Projections of the Future*. Toronto: Irwin Law Inc.
- Greater Victoria Coalition to end Homelessness (2014). Housing ends homelessness. Recuperado de <http://victoriahomelessness.ca/get-informed/housing/>
- Greene, S. H. (2010). *Letter from Shiela H. Greene, Counsel for Appellants in Newfoundland (Treasury Board) vs. NAPE*, [2004] 3 SCR 381 (29 de marzo de 2010).
- Griffey, Brian (2011). The 'Reasonableness' Test: Assessing violations of state obligations under the optional protocol to the international covenant on economic, social and cultural rights. *HRL*, 11 (2), 275-327.
- Harris, M. (2011). Following insite ruling, safe-injection sites planned for Montreal and Quebec City. *This Magazine*. Recuperado de <http://this.org/blog/2011/11/28/insite-safe-injection-montreal-quebec/>
- Jackman, M. (1998). Giving real effect to equality: Eldridge vs. British Columbia (A.G.) and Vriend vs. Alberta. *Rev Const Stud*, 4 (2), 352-371.
- Jackman, M. (2010). Constitutional castaways: Poverty and the McLachlin Court. En Rodgers, S. y McIntyre, S. (eds.). *The Supreme Court of Canada and Social Justice: Commitment, Retrenchment or Retreat*. Markham, Ontario: LexisNexis Canada.
- Liew, J. (2012). Finding common ground: Charter remedies and challenges for marginalized persons in public spaces. *C. J. Poverty Law*, 1 (1).
- Mellon, H. (2006). Charter rights and public policy choices: The Supreme Court and Public Finance. *Forum Constitutionnel*, 15 (3), 135-146.
- National Council on Welfare (1992). *Poverty Profile 1980-1990*. Ottawa.
- Norris, D. (2003). *The Fiscal Position of Newfoundland and Labrador*. Canada: Royal Commission on Renewing and Strengthening our place in Canada. Recuperado de <http://www.gov.nl.ca/publicat/royalcomm/research/Norris.pdf>
- Pivot Legal Society (s. f.). *City by-laws must respect homeless rights*. Recuperado de <http://www.pivotlegal.org/pivot-points/blog/city-by-laws-must-respect-homeless-rights>.

Porter, B. (1999). Beyond Andrews: Substantive equality and positive obligations after Eldridge and Vriend. *Const Forum Const*, 9 (3), 71-82. Recuperado de <http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/userfiles/9-3porter.pdf>

Porter, B. (2006). Expectations of Equality. *Supreme Court Law Review*, 33 (23), 23-44.

Porter, B. (2009). The Reasonableness of Article 8(4) — Adjudicating Claims from The Margins. *Nordic Journal of Human Rights*, 27 (1), 39-53.

Porter, B. (2014a). Inclusive interpretations: Social and economic rights and the Canadian Charter. En Alviar, H., Klare, K. y Williams, L. (eds.). *Social and Economic Rights in Theory and Practice: A Critical Assessment* (pp. 215-234). London and New York: Routledge.

Porter, B. (2014b). International rights in anti-poverty and housing strategies: Making the connection. En Jackman, M. y Porter, B. (eds.). *Advancing Social Rights in Canada* (pp. 33-64). Toronto: Irwin Law.

Porter, B. (próxima publicación). Reasonableness in the optional protocol to the ICESCR. En Brown, R., Langford, M., Porter, B. y Rossi, J. (eds.). *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*. Capetown: Pretoria University Law Press.

Porter, B. y Jackman, M. (2008). Canada: Socio-Economic rights under the canadian charter. En Langford, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 209-229). New York: Cambridge University Press.

Porter, B. y Jackman, M. (2014). Strategies to address homelessness and poverty in Canada: The charter framework. En Jackman, M. y Porter, B. (eds.). *Advancing Social Rights in Canada* (pp. 99-100). Toronto: Irwin Law.

Quinot, G. y Liebenberg, S. (2011). Narrowing the band: Reasonableness review in administrative justice and socio-economic rights jurisprudence in South Africa. *Stellenbosch Law Review*, 22 (3), 639-663.

Reynolds, N. (2009). What newfoundland can teach us. Globe and mail. Recuperado de <http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/what-newfoundland-can-teach-us/article793205>

Roach, K. (2002). Remedial consensus and dialogue under the charter: General declarations and delayed declarations of invalidity. *University of British Columbia Law Review*, 35 (2), 211-70.

Roach, K. (2013). *Constitutional Remedies in Canada*. Toronto: Canada Law Book.

Roach, K. y Budlender, G. (2005). Mandatory relief and supervisory jurisdiction: When is it appropriate, just and equitable. *South African Law Journal*, 122 (2), 325-351.

- Sabel, C. F. y Simon, W. H. (2004). Destabilization rights: How public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, 117 (4), 1015-1101.
- Sen, A. (1988). Property and hunger. *Economics and Philosophy*, 4 (1), 57-68.
- Smith, M. (2005). Social movements and judicial empowerment: Courts, public policy and lesbian and gay organizing in Canada. *Politics & Society*, 33 (2), 327-353.
- Social Rights in Canada (2010). Charter challenge to homelessness and violations of the right to adequate housing in Canada. Recuperado de <http://socialrightscura.ca/eng/legal-strategies-charter-challenge-homlessness.html>.
- Social Rights Ontario (s.f.). Social rights in Ontario: Adequate food, housing and other requirements of dignity. Recuperado de www.socialrightsontario.ca
- Sossin, L. y Hill, A. (2014). Social rights and administrative justice. En Jackman, M. y Porter, B. (eds.). *Advancing Social Rights in Canada*. Toronto: Irwin Law Inc.
- Voices-Voix (2013). Canada: Voices-Voix submission to the UN universal periodic review (22 April - 3 May 2013). En *16th Session of the UPR Working Group of the Human Rights Council*. Recuperado de http://voices-voix.ca/sites/voices-voix.ca/files/upr_submission_voices-voix.pdf.
- Zwack, A. L. (2010). Abogada de los demandantes en *Eldridge vs. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 SCR 624 [entrevistada por Azin Samani], 15 de marzo.