

SUR

revista internacional
de derechos humanos

1

2004
Año I • Número 1 • 1^{er} semestre
Edición en Español

● **Emilio García Méndez**

Origen, sentido y futuro de los derechos humanos:
Reflexiones para una nueva agenda

● **Flavia Piovesan**

Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos

● **Oscar Vilhena Vieira y A. Scott DuPree**

Reflexión sobre la sociedad civil y los derechos humanos

● **Jeremy Sarkin**

La consolidación de los reclamos de reparaciones por violaciones
de los derechos humanos cometidas en el Sur

● **Vinodh Jaichand**

Estrategias de litigio de interés público para el avance de los derechos
humanos en los sistemas domésticos de derecho

● **Paul Chevigny**

La represión en los Estados Unidos
después del atentado del 11 de septiembre

● **Sergio Vieira de Mello**

Redefinir la seguridad
Cinco cuestiones sobre derechos humanos



RED UNIVERSITARIA DE
DERECHOS HUMANOS

SUR

ISSN 1806-6445

SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos. Está disponible en internet en <<http://www.surjournal.org>>

CONSEJO EDITORIAL

Christof Heysn

Universidad de Pretoria, Sudáfrica

Emilio García Méndez

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Fifi Benaboud

Centro Norte-Sur del Consejo de la Unión Europea, Portugal

Fiona Macaulay

Universidad de Oxford, Reino Unido

Flavia Piovesan

Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil

J. Paul Martin

Universidad de Columbia, Estados Unidos

Kwame Karikari

Universidad de Ghana, Ghana

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidad de El Cairo, Egipto

Richard Pierre Claude

Universidad de Maryland, Estados Unidos

Roberto Garretón

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Chile

EDITOR

Pedro Paulo Poppovic

COORDINADOR EDITORIAL

Andre Degenszajn

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN

Elzira Arantes

CORRECCIÓN

Ada Solari, Noêmia de A. Ramos

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

DISTRIBUCIÓN

Andrea de Lima

Camila Lissa Asano

IMPRESIÓN

Prol Editora Gráfica Ltda.

COLABORACIONES

Esta revista recibe contribuciones de autores interesados en publicar sus trabajos. Los artículos deben ajustarse a los criterios editoriales de la publicación, que pueden consultarse en el sitio de la revista en la internet. Los artículos no solicitados se encaminarán al Consejo Editorial, al cual cabe la decisión final sobre su publicación. Las afirmaciones contenidas en los artículos son de responsabilidad de los autores y no reflejan, necesariamente, la opinión de *Sur* o del Consejo Editorial de la revista.

SUSCRIPCIÓN Y CONTACTO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Pamplona, 1197 – Casa 4

São Paulo/SP – Brasil – CEP 01405-030

Tel. (5511) 3884-7440 – Fax (5511) 3884-1122

E-mail: surjournal@surjournal.org

Internet: <<http://www.surjournal.org>>

SUR – RED UNIVERSITARIA DE DERECHOS HUMANOS

Es una red de académicos cuya misión es fortalecer la voz de las universidades del hemisferio sur en el debate sobre derechos humanos y justicia social, así como promover una mayor cooperación entre estas y las Naciones Unidas.

Internet: <<http://www.surnet.org>>

PRESENTACIÓN



Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos fue creada en 2002 con el objetivo de nuclear académicos que actúan en el campo de los derechos humanos y de promover la cooperación de estos con agencias de las Naciones Unidas. La red cuenta hoy con más de 130 asociados de 36 países, entre los que se incluyen profesores e integrantes de organismos internacionales y de agencias de las Naciones Unidas.

La iniciativa surgió de una serie de encuentros entre profesores y funcionarios de las Naciones Unidas interesados en el tema. La motivación principal fue la constatación de que, principalmente en el hemisferio sur, los académicos desarrollan un trabajo solitario y por tanto es reducido el intercambio entre los investigadores de los diversos países.

Sur busca profundizar y fortalecer los vínculos entre académicos que se ocupan de la temática de los derechos humanos, así como ampliar su voz y su participación en los órganos de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales y universidades. En este contexto, lanza *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, con el objetivo de consolidar un canal de comunicación y de promoción de investigaciones innovadoras.

La revista recibe contribuciones de académicos e investigadores interesados en participar de este diálogo. Los artículos recibidos serán encaminados al Consejo Editorial.

La revista *Sur*, que pretende aportar otro punto de vista sobre los temas involucrados en el debate, usó como referencia publicaciones ya existentes en el área, con las cuales busca

establecer un diálogo constante. Su peculiaridad, sin embargo, proviene de su alcance, de su pluralidad y de la perspectiva adoptada.

Alcance. El idioma representa a menudo una gran barrera para entablar lazos de cooperación más duraderos entre los investigadores de los distintos países. El inglés, a pesar de su creciente universalización, no responde a la necesidad efectiva que tienen organizaciones y académicos de realizar discusiones y reflexiones en su lengua de origen. Por eso, *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos* se publica en tres idiomas (inglés, portugués y español) y está disponible integralmente en la internet: <<http://www.surjournal.org>>. Se busca de este modo facilitar el acceso al mayor número posible de personas.

Pluralidad. Otro rasgo diferencial de la revista está relacionado con la institución que promueve su publicación. Por ser una red, Sur cuenta con la colaboración de investigadores de distintos países, y procura identificar temas pertinentes a realidades diversas, con la preocupación constante de explorar nuevas fronteras del debate sobre derechos humanos. En vez de reflexionar sobre las preocupaciones y perspectivas desde una institución cerrada, la revista se abre a una pluralidad de contextos y visiones, que estarán presentes en cada una de las futuras ediciones.

Perspectiva. Para asegurar la coherencia interna y asumiendo su debida dimensión política, no solo la académica, la publicación pretende abrir un espacio privilegiado a discusiones que se centren en los países del sur. No se trata de hacer una oposición ideológica a la producción científica de los países del norte, sino de insertar en los principales foros mundiales una agenda regida por las demandas y prioridades identificadas por los países del sur sobre la discusión de los derechos humanos.

Esta edición se propone presentar la revista a los lectores e introducir algunos debates suscitados en el III Coloquio Internacional de Derechos Humanos, realizado en São Paulo, Brasil, en mayo de 2003. Su publicación fue posible gracias a la confianza y a la contribución de la Fundación de las Naciones Unidas y de la Fundación Ford. Agradecemos también el trabajo *pro bono* de nuestro editor, Pedro Paulo Poppovic.

CONTENIDOS

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ	7	Origen, sentido y futuro de los derechos humanos: Reflexiones para una nueva agenda
FLAVIA PIOVESAN	21	Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos
OSCAR VILHENA VIEIRA y A. SCOTT DUPREE	49	Reflexión sobre la sociedad civil y los derechos humanos
JEREMY SARKIN	71	La consolidación de los reclamos de reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidas en el Sur
VINODH JAICHAND	137	Estrategias de litigio de interés público para el avance de los derechos humanos en los sistemas domésticos de derecho
PAUL CHEVIGNY	153	La represión en los Estados Unidos después del atentado del 11 de septiembre
SERGIO VIEIRA DE MELLO	173	Redefinir la seguridad
	177	Cinco cuestiones sobre derechos humanos

VINODH JAICHAND

Abogado de la Suprema Corte sudafricana y vicedirector del Centro Irlandés de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Irlanda, en Galway.

RESUMEN

El avance de los derechos humanos requiere que los tribunales esclarezcan lo que entienden por derechos para grupos de personas. Cuando las normas de derechos humanos internacionales y regionales se internalizan mediante su incorporación al sistema doméstico, el campo se vuelve fértil para las demandas judiciales de interés público. Tal vez la conclusión sea que hay un desarrollo gradual en la legislación de derechos humanos que evoluciona del sistema internacional al regional.

El artículo se centra en la práctica del litigio judicial de interés público en Sudáfrica y aborda los problemas del acceso a la justicia, los centros de educación jurídica y la asistencia jurídica a la población, entre otros. Como ejemplo de estrategia en una acción pública, el autor analiza el juicio promovido contra el gobierno por parte de una campaña de acción para el tratamiento del sida.

ESTRATEGIAS DE LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO PARA EL AVANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS SISTEMAS DOMÉSTICOS DE DERECHO

Vinodh Jaichand



Basado en el tema del coloquio “El Estado de derecho y la construcción de la paz”, este ensayo ha sido esbozado desde la perspectiva de una organización no gubernamental nacional que se ocupa de la legislación referida a los derechos humanos. Las observaciones parten de una premisa: para avanzar en el campo de los derechos humanos es necesario acudir a los tribunales, a fin de elucidar qué entienden por derechos humanos para grupos de personas. Se toman como referencias ciertas experiencias recientes ocurridas en Sudáfrica, algunas de las cuales no son necesariamente exclusivas de este país.¹

En los últimos días, mucho se dijo sobre el desarrollo de la legislación internacional y la utilización de sistemas regionales de derechos humanos. En resumen, se puede decir que ha habido una evolución gradual de esta legislación que pasa de los sistemas internacionales a los regionales. Cuando las normas internacionales y regionales de derechos humanos se internalizan por medio de su incorporación en el sistema doméstico, se abre un campo fértil para el litigio de interés público.²

La expresión “litigio de interés público” ha sido definida como “una acción legal iniciada en un tribunal para exigir la aplicación del interés público o interés general, en casos en que el público, o un grupo de personas de la comunidad, tiene algún interés económico o de otro tipo, con relación al cual sus derechos o sus responsabilidades legales fueron afectados”.³

Ver las notas de este texto a partir de la página 149.

El Simposio sobre Derecho de Interés Público⁴ realizado en Durban adoptó una visión más amplia de este campo del derecho, definiéndolo en términos de lo que no es: no se trata de derecho público, ni de derecho administrativo, ni de derecho penal, ni de derecho civil. La denominación fue empleada para designar una **forma de trabajar con la ley** y una **actitud ante la ley**. Se advirtió sobre el hecho de que llevar a los tribunales casos seleccionados no es la única estrategia de interés público, y que es posible incluir la reforma de la legislación, la educación legal, la alfabetización y la prestación de servicios jurídicos. No es un terreno reservado a los abogados, pues puede incluir actividades de lobby, investigación, defensa de intereses y educación en derechos humanos. Por último, el litigio de interés público constituye una tentativa expresa de legitimación en ese campo, que atribuye significado y contenido tangibles a los derechos humanos.

El contenido de la estrategia

El derecho es muchas veces intimidatorio y desconcertante, y pareciera que nunca ve las cosas desde el punto de vista de los marginados, los vulnerables o los indigentes. La mayoría de la gente piensa que la ley está de su lado cuando los tribunales se pronuncian a favor de sus derechos, lo que fortalece la creencia de que los derechos humanos constituyen una realidad tangible. “Para crear tal sentido de inclusión se necesitan muchas cosas, incluso un marketing agresivo del concepto de justicia para los pobres”, dice un crítico.⁵ Además, el éxito en los tribunales representa una significativa contribución para apoyar ese marketing, porque los marginados, los vulnerables y los indigentes se acostumbraron a la idea de que serán siempre derrotados.

Un buen punto de partida en lo que se refiere a la estrategia en litigios judiciales de real interés público puede encontrarse en el juicio que opondrá al ministro de Salud y otros, a la Campaña de Acción para el Tratamiento y otros⁶ en el Tribunal Constitucional de Sudáfrica. El análisis de la estrategia empleada puede ayudar a formular una lista de los temas y de los interesados que es necesario atender para que la acción resulte exitosa. Un método simplista de división podría ser analizar al “público”, como representante de la opinión general; al “interés público”, en cuanto plataforma jurídica; y, finalmente, al “litigio”, en relación con las cuestiones legales presentadas al tribunal y sus resultados.

El público

La Campaña de Acción para el Tratamiento convirtió la actitud del gobierno con relación al tratamiento de los pacientes portadores del VIH en una cuestión nacional.⁷ Movilizó organizaciones no gubernamentales sensibilizadas por la indiferencia del gobierno ante las personas que sufren el sida, capitalizando la incapacidad del Estado para articular una postura coherente frente a la enfermedad.⁸

Un gran número de ciudadanos interesados salieron a la calle para mostrar su disconformidad con la actitud oficial.⁹ Los portadores del VIH fueron vistos como víctimas de la incapacidad del gobierno para hacer frente a la enfermedad.

En consecuencia, cuando un agente de la Campaña de Acción para el Tratamiento introdujo clandestinamente en el país medicamentos genéricos contra el sida, por una fracción del precio de venta habitual, las amenazas de hacerle juicio cedieron lentamente ante lo que parecía ser el gesto de un individuo intrépido decidido a mostrar la hipocresía del sistema.¹⁰ En una acción anterior, la Campaña de Acción para el Tratamiento se había opuesto, junto con el gobierno, a la demanda promovida por la Cámara de la Industria Farmacéutica para bloquear una legislación de apoyo a los medicamentos genéricos y más baratos. Bajo presión, la Cámara retiró su demanda del tribunal. Uno de los dirigentes de la Campaña, que también es seropositivo, rehusó tomar medicamentos antirretrovirales hasta que estos estuvieran a disposición de todos, en hospitales públicos y clínicas. La Campaña de Acción para el Tratamiento continuó cuestionando el letargo del gobierno, ahora apoyada en el “interés público”.

El interés público

Surgió entonces un caso judicial ideal para ser capitalizado por la Campaña de Acción para el Tratamiento: la incapacidad política del gobierno para proveer a los establecimientos públicos de salud la Nevirapina, un antirretroviral altamente recomendado, usado para reducir la transmisión de madre a hijo. El medicamento estaba disponible nada más que en dos lugares por provincia. Y las víctimas de esta política estatal insensible eran inocentes bebés. Al juzgar una acción promovida en el Supremo Tribunal de Pretoria, el 14 de diciembre de 2001, el juez Chris Botha determinó que era un deber del gobierno proveer de Nevirapina

a las mujeres embarazadas seropositivas. El gobierno apeló esta decisión en distintas instancias, hasta que el Tribunal Constitucional examinó el caso el 2 y 3 de mayo de 2002. El “interés público” ganó relevancia por la aparente incapacidad del gobierno de aceptar la derrota con un mínimo de elegancia.

El litigio

En relación con el “litigio”, la Campaña de Acción para el Tratamiento reunió a los mejores especialistas jurídicos en el abordaje de los derechos sociales, que en muchos países ni siquiera se consideran derechos. La campaña contó con el apoyo de varias ONG: Legal Resources Centre, Child Rights Centre, Community Law Centre,¹¹ Institute for Democracy in South Africa y Cotlands Baby Sanctuary. Los tres últimos eran *amici curiae*, o sea, especialistas designados para elucidar problemas técnicos ante el tribunal en base a sus conocimientos.¹² Tras la victoria de la Campaña de Acción para el Tratamiento en la Suprema Corte, el gobierno apeló ante el Tribunal Constitucional. Este, por su parte, falló a favor de la Campaña de Acción para el Tratamiento declarando que el programa del gobierno para evitar la transmisión de madre a hijo era inadecuado.

Los resultados más amplios del juicio

El tribunal consagró otros varios principios importantes en el juicio de la Campaña de Acción para el Tratamiento, que serían igualmente valiosos para los marginados (víctimas del sida), los vulnerables (hijos y madres) y los indigentes (personas pobres que no pueden pagarse el tratamiento). Estos principios podrán usarse en otros casos futuros.

El Tribunal Constitucional, la corte más alta del país, reiteró¹³ su poder de juzgar en casos referidos a los derechos sociales porque la Constitución le concedió tal poder. Dijo incluso que, en el debate sobre la separación de los poderes, estaba autorizado a examinar el problema aunque hubiese implicaciones financieras.¹⁴ Ya antes, el Tribunal Constitucional había aplicado el criterio de razonabilidad a derechos sociales en cuestión, en el caso Grootboom:¹⁵

Las formas y el contenido precisos de las medidas a ser adoptadas son fundamentalmente una cuestión de competencia de los poderes legislativo y ejecutivo. Estos deben, con todo, asegurar que las medidas adoptadas sean razonables. Un tribunal que examine la razonabilidad

no inquirirá sobre si se hubieran podido adoptar medidas más deseables o favorables o si el dinero público hubiera podido ser mejor usado. El problema se resume a determinar si las medidas tomadas fueron razonables. Es necesario reconocer que el Estado puede adoptar una amplia variedad de medidas para cumplir sus obligaciones. Muchas de ellas se ajustan a la exigencia de razonabilidad. Una vez demostrado que tales medidas lo hacen, esa exigencia se dará por cumplida.

Se suele considerar que los temas de política social pertenecen a la esfera de actuación del poder ejecutivo.¹⁶ El Tribunal Constitucional advirtió sobre el hecho de que la mayoría de sus decisiones tiene alguna implicación financiera. En el caso *Grootboom*,¹⁷ el tribunal reafirmó lo que había dicho anteriormente:¹⁸ si se ordenara la asistencia jurídica a un individuo acusado, como derecho civil, esto también tendría una implicación financiera.

El juez Albie Sachs, uno de los once jueces del Tribunal Constitucional, en una conferencia intitulada “La aplicación de la ley en relación con los derechos sociales y económicos”, en el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Economía de Londres,¹⁹ afirmó:

La aplicación de la ley en relación con los derechos sociales y económicos no se basa en la indiferencia hacia todos los problemas planteados, porque estos son problemas legítimos. No se trata de una victoria de los derechos sociales y económicos sobre una filosofía conservadora que considera como función de los tribunales simplemente defender las libertades básicas. Se basa en la reconciliación de principios fundamentales profundos relacionados con el papel de los tribunales en el siglo XXI. [...]

Es muy posible que una afirmación que tuve la ocasión de escuchar recientemente en París se vuelva realidad. El siglo XIX fue el siglo en el que el poder ejecutivo asumió el comando del Estado. El XX fue el siglo en el que el Parlamento asumió el comando del poder ejecutivo. El XXI será el siglo en el que el poder judicial asegurará las reglas, los procesos y los valores básicos de funcionamiento tanto del Parlamento como del ejecutivo. Debo resaltar que fue un magistrado quien hizo este vaticinio. Pero pienso que estamos ingresando ahora en una nueva era, y la cuestión está dejando de ser si podemos o no exigir el cumplimiento de los derechos sociales y económicos por medio de los tribunales, para pasar a ser: ¿cuál es la mejor manera de hacerlo?

En relación con la Campaña de Acción para el Tratamiento, el Tribunal Constitucional llevó debidamente en cuenta la adecuación de los tribunales para juzgar en relación con los derechos sociales y económicos al declarar: “Los tribunales no son instancias apropiadas para juzgar cuestiones en las que las órdenes judiciales podrían acarrear múltiples consecuencias sociales y económicas para la comunidad. La Constitución prevé un papel restringido y focalizado para el tribunal, a saber, exigir que el Estado tome medidas para cumplir sus obligaciones constitucionales y evaluar la razonabilidad de tales medidas. La determinación de la razonabilidad puede efectivamente tener implicaciones presupuestarias, pero no tiene por objetivo reordenar presupuestos. En este sentido, las funciones judiciales, legislativas y ejecutivas alcanzan un mayor equilibrio”.²⁰

El Tribunal Constitucional llevó a cabo también un provechoso examen de la jurisprudencia de otras jurisdicciones, respecto de la cuestión de donación de medicamentos, en casos donde hubo violación de derechos, incluidos los socioeconómicos. El tribunal analizó las prácticas de los Estados Unidos, India, Alemania, Canadá y el Reino Unido, y concluyó que mientras tres países habían expedido algún tipo de interdicción estructural, el Reino Unido y Canadá se habían resistido a hacerlo, prefiriendo emitir órdenes declaratorias, por el hecho de que sus gobiernos suelen observar las decisiones de sus tribunales.²¹

En el caso Grootboom, la señora Irene Grootboom fue desalojada de su casa situada en un terreno que había sido destinado a la implementación de un proyecto habitacional de bajo costo para personas como ella y sus hijos. La señora ocupaba ese terreno junto con otras personas, cuyas casas, en la estación lluviosa, sufrían frecuentes inundaciones. El juez Yacob, del Tribunal Constitucional, determinó que la política del gobierno no se ajustaba al requisito de la razonabilidad. Afirmó que la razonabilidad puede comprobarse en el ámbito de la programación legislativa y en el de su implementación: “Las medidas legislativas en sí mismas no constituyen el cumplimiento de la Constitución. La mera legislación no es suficiente. Es obligación del Estado actuar para alcanzar el resultado pretendido y las medidas legislativas tendrán invariablemente que ser apoyadas por políticas y programas apropiados y bien dirigidos, implementados por el poder ejecutivo. El propio programa también debe ser implementado ajustándose a la razonabilidad. Un programa razonable que no sea implementado de manera

razonable no se puede considerar como cumplimiento de las obligaciones del Estado”.²²

El juez Yacoob incluso agregó:

*La razonabilidad debe ser también entendida en el contexto de la Declaración de Derechos como un todo. El derecho de acceso a una vivienda adecuada ya está arraigado porque valorizamos a los seres humanos y queremos garantizar que se atiendan sus necesidades básicas. Una sociedad basada en la dignidad humana, en la libertad y en la igualdad debe procurar asegurar que todos tengan sus necesidades básicas vitales satisfechas. Para ser razonables, las medidas no pueden dejar de tener en cuenta el grado y la extensión de la negación del derecho que buscan hacer efectivo. Aquellos cuyas necesidades son más urgentes y cuya capacidad de gozar de todos los derechos corre mayor peligro no pueden ser ignorados por las medidas que buscan alcanzar la realización del derecho. Para la prueba de razonabilidad, puede no ser suficiente que las medidas se muestren capaces de representar un avance estadístico en la efectivización de los derechos. Además, la Constitución exige que todos sean tratados con cuidado y atención. Si las medidas, aunque exitosas en el aspecto estadístico, fallan al responder a las necesidades de los más desesperados, posiblemente no pasen la prueba.*²³

Los principios sistematizados en la Campaña de Acción para el Tratamiento y en el caso Grootboom son aplicables en acciones futuras sobre derechos económicos, sociales y culturales.

El abordaje en red

De modo general, la estrategia del esfuerzo combinado, o abordaje en red, es un proceso ventajoso que permite, además, establecer un área definida de atención de casos adecuados de interés público.

Acceso a la justicia

Los abogados no siempre son eficientes en la movilización de la opinión pública; los líderes comunitarios suelen hacerlo mejor. En Sudáfrica, una figura importante en este aspecto es la del paralegal comunitario, que es un individuo oriundo de la comunidad en la cual actúa. En un futuro próximo, es posible que el medio jurídico de Sudáfrica admita la profesión del paralegal como proveedor de servicios jurídicos, en los términos propuestos por la Legal Practice Bill.

Aunque la definición de paralegal no sea del todo clara y los abogados estén en contra de que los paralegales representen un cliente sin supervisión, estos pasaron a ser conocidos como los “abogados descalzos”, que ofrecen asesoramiento jurídico al ciudadano en temas legales o casi legales. Reciben capacitación sobre la mecánica de una determinada legislación y orientan a los ciudadanos en lo relativo a ella.

Aunque esto amplíe el acceso a la justicia, pues permite educar a la población sobre sus derechos, el aspecto de la prestación de servicios jurídicos plantea problemas de calidad e igualdad: los ricos pueden pagar por el mejor servicio, mientras que los pobres se quedan con los paralegales. Los pobres no conocen la diferencia entre un abogado y un paralegal, y los resultados prometidos por algunos paralegales son notoriamente extravagantes.

Si, como propone la Legal Practice Bill, la mayoría de los paralegales migra hacia el ejercicio legal del derecho, se romperá un vínculo muy importante con la comunidad. Esto significaría una gran pérdida porque los paralegales llevaron adelante buenos casos, como el de la señora Grootboom.

Las organizaciones no gubernamentales que prestan asistencia jurídica también son vitales para la estrategia de acciones de interés público. En Sudáfrica hay algunas que brindan este servicio. El ya referido Legal Resources Centre es una ONG de interés público muy exitosa y que actuó como parte en el caso de la Campaña de Acción para el Tratamiento. Otras ONG incluyen la Black Sash, la más antigua de las que se dedican a los derechos humanos en Sudáfrica, y la Lawyers for Human Rights. Si consideramos la definición de derecho de interés público dada por el Simposio de Durban, la ONG Lawyers for Human Rights se ajusta a muchos de los criterios para la práctica de este derecho. La organización ofrece asesoramiento jurídico, llevar adelante litigios, instrucción y defensa en cuestiones de derechos humanos.

Lawyers for Human Rights también tuvo participación en casos muy significativos de interés público, incluido el caso Makwanyane,²⁴ que abolió la pena de muerte, en el cual actuó como *amicus curae*. Más recientemente, tuvo el éxito de obtener una declaración de inconstitucionalidad en la nueva ley de inmigración, para aspectos centrales referidos a la prisión y a la detención de extranjeros.²⁵ Con su Proyecto para la Seguridad de los Trabajadores Rurales, estableció el precedente que permite al marido adquirir el derecho de permanecer en una hacienda a partir del derecho de su esposa, basándose en el derecho a la vida familiar.²⁶

Centros de educación jurídica

El asesoramiento y la asistencia jurídicos son componentes vitales del derecho de interés público, pero se trata de un servicio caro. Para las organizaciones no gubernamentales que no se dedican a cuestiones legales, es vital tener acceso a una asesoría jurídica consistente. En varias partes del mundo, estudiantes de derecho se encargan de prestar este tipo de servicio, supervisados, en centros universitarios de atención jurídica, a modo de entrenamiento. Por fuera de los Estados Unidos, no hay muchos otros países en que los reglamentos de entrenamiento profesional permitan tal procedimiento.²⁷ En Sudáfrica, los diversos centros de atención formaron una asociación propia, que ofrece su trabajo a los pobres y compite con las ONG por financiamientos para la mejora del servicio.

Asistencia legal

Aunque haya alguna forma de asistencia jurídica en la mayoría de los países, hay dificultades para atender la demanda con los recursos disponibles, y esto limita el trabajo a ser realizado. En Sudáfrica, el Legal Aid Board (consejo de asistencia jurídica) pasó por una gran transformación, de un sistema de *judicare*²⁸ a un modelo remunerado, con centros de justicia implantados en todas las grandes ciudades y en algunas áreas rurales. El modelo *judicare* se volvió inviable en la medida en que las acciones promovidas por los abogados no se llegaban a analizar a tiempo.²⁹ El sistema de verificación de las reivindicaciones era incómodo y lento. Por eso, el consejo decidió reducir los honorarios y muchos abogados se sintieron traicionados. Concebían el sistema como una forma de incrementar sus ingresos, no como una prestación de servicios de atención a los sectores pobres, marginados y vulnerables de nuestra sociedad. Jeremy Sarkin³⁰ afirma que durante “el ejercicio 1997-1998, 196.749 personas recibieron asistencia legal al costo de 210 millones de rands. De estas, 193.177 fueron representadas por abogados particulares”.

Los centros de justicia emplean actualmente abogados remunerados y mantienen empleados que desempeñan la representación jurídica solo de algunos tipos de caso, a un costo fijo y previsible. Dado que, según los patrones del Legal Aid Board, para recibir asistencia estatal hay que tener un nivel de ingresos muy bajo, son muchos los que no pueden acceder a tal servicio.

Estos son la mayoría dentro de los grupos con necesidades de asistencia y son conocidos como el “grupo laguna”.

Pro bono público

Una manera de enfrentar la inmensa falta de orientación de calidad es la introducción o, en muchos casos, la reintroducción del concepto de trabajo *pro bono*, que se convertiría en una parte integral de la responsabilidad social de todo abogado.³¹ El vicepresidente del Tribunal Superior de Sudáfrica resumió así esta necesidad: “Nuestra sociedad necesita confiar en nuestros tribunales y en las otras estructuras destinadas a la ejecución de la justicia. Esta confianza se intensificará por la habilidad de los tribunales en llegar y ayudar a los más pobres entre los pobres y los más débiles entre los débiles. La capacidad de la justicia y los tribunales para hacerlo se verá gravemente perjudicada si el compromiso en la interacción entre los tribunales y las personas que necesitan los servicios jurídicos es insuficiente e ineficiente”.³²

La práctica del servicio gratuito está presente en muchos sistemas legales, generalmente como acto de caridad, pero raramente está institucionalizada. Se podría crear para los abogados la obligación de emprender este tipo de trabajo. Una asociación de abogados (o el órgano estatal competente) podría dejar de emitir la habilitación para la práctica profesional, en determinado año, si no fuera prestada una cantidad mínima de horas de trabajo en favor de la población pobre, marginada y vulnerable. Otro dispositivo sería exigir que, para participar en una licitación pública, el abogado presentara su ficha de trabajo de asistencia jurídica gratuita.

La profesión jurídica debería considerar el trabajo gratuito “no como un acto de caridad, ni como una herramienta de marketing, sino como un paso deliberado en la construcción del tipo de sociedad que queremos, en la cual todo el pueblo pueda ejercer sus derechos”.³³ Pero deben encontrarse medios de reconocer la contribución dada, siempre que los abogados fueran más allá de lo mínimo exigido, estableciéndose premios o la publicación de sus nombres en los periódicos.

Para el buen resultado de este trabajo, es fundamental que se realice una operación organizada que reúna los datos referidos a las necesidades y una lista de los proveedores de servicio. Vinculados a esto podrían estar las ONG no jurídicas, el sistema

de asistencia legal, los paralegales y las ONG jurídicas destinadas a casos que se ajustan a los procesos de interés público. El sistema no debe montarse para eximir al Estado de su responsabilidad de proveer representación legal sino para complementar el sistema existente de asistencia jurídica. Algunas conferencias sobre la abogacía gratuita en la Argentina, Sudáfrica y Chile examinaron minuciosamente muchas de estas ideas. Y se están planeando conferencias similares que serán realizadas en el Brasil y en Australia.

Algunas observaciones finales

El papel desempeñado por las organizaciones de la sociedad civil en Sudáfrica, en cooperación con la profesión jurídica organizada, es una buena ilustración de cómo sus contribuciones para los derechos humanos mejoraron y fortalecieron los derechos de un grupo específico de personas. El impacto de las victorias legales en el campo de los derechos socioeconómicos en una jurisdicción nacional repercute en todo el mundo en solidaridad con otras poblaciones pobres, vulnerables y marginadas. Un comentarista hizo la siguiente observación:

Uno de los desdoblamientos más alentadores, con todo, es la consideración de los derechos económicos y sociales como cuestiones justiciables en el plano nacional. En Canadá y en Europa se pueden encontrar ejemplos de aplicación de la ley para el cumplimiento de derechos culturales, pero los derechos económicos y sociales se ven desde hace mucho tiempo como materia de políticas y, por lo tanto, sujetos a un bajo nivel de prioridad. Elevarlos de la arena de las políticas al dominio de los derechos abre una nueva dimensión, que le puede conferir un significado sustantivo al concepto de la indivisibilidad de todos los derechos humanos.³⁴

El desafío en muchas otras jurisdicciones tal vez sea más importante: crear alguna medida para dar vigencia a los derechos socioeconómicos, mediante la protección constitucional. Pero las constituciones son marcos que supuestamente contemplan todos los derechos: los interdependientes e indivisibles derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. No nos dejemos confundir y pensar que no hay cuadro si no hay marco. Los Estados asumieron la obligación, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “de

utilizar todos los medios de que dispongan para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. A este respecto, hay que tener presentes las prescripciones fundamentales de la legislación internacional sobre derechos humanos. Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos”.³⁵

Un examen más atento de muchas jurisdicciones puede revelar que hay protección para algunos de estos derechos en el derecho administrativo o en piezas específicas de la legislación.³⁶ Esto fue lo que sostuvo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al afirmar: “El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto”.

Aclarar el contenido de los derechos requiere una estrategia parecida a la que hemos examinado. Para eso es fundamental asegurar el acceso a la justicia, incluso con la colaboración de los distintos actores de la sociedad civil, como lo ilustran las experiencias recientes en Sudáfrica. Algunos pueden querer darle categoría de movimiento social al abordaje de la Campaña de Acción para el Tratamiento del sida. Al respecto, Neil Stammers dice: “Los movimientos sociales fueron típicamente definidos como actores colectivos formados por individuos que consideran la alternativa de compartir algún interés común y que se identifican unos con los otros, por lo menos hasta cierto punto. Los movimientos sociales están principalmente interesados en defender o cambiar por lo menos algún aspecto de la sociedad, y cuentan con la movilización de masas, o la amenaza de la movilización, como su principal sanción política”.³⁷

Prosigue afirmando que hay una función potencial para los movimientos sociales en la reconstrucción de los derechos humanos,³⁸ y finalmente cita las palabras de Richard Devlin: “Si los derechos humanos llegasen a ser entendidos como un desafío al poder, como una forma de resistencia a la dominación, entonces necesitamos enfrentar al poder en todas sus manifestaciones”.³⁹

NOTAS

1. El litigio de interés público está bien establecido en los Estados Unidos, Canadá y la India, por ejemplo. En relación con la experiencia de la India, ver "Circle of Rights" en <<http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/circle/justiciability.htm>>. Consultado el 15 de abril de 2004.
2. Es interesante notar que "el sistema internacional tuvo un mayor impacto donde las normas de los tratados fueron incorporadas a la ley nacional de forma más o menos espontánea (por ejemplo, como parte de la reforma constitucional y legislativa), y no como resultado del cumplimiento de la norma (por informes individuales, quejas, o procedimientos de investigación confidencial)". Christof Heyns y Frans Viljoen, "The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level". *Human Rights Quarterly*, 23.3, 2001, 483-6.
3. *Black's Law Dictionary*.
4. Realizado entre el 29 de junio y el 8 de julio de 1997, bajo el auspicio de Public Interest Law Initiative, Columbia University, patrocinado por la Ford Foundation y el Open Society Institute en la Universidad de Natal, Durban, Sudáfrica. Ver <<http://www.pili.org/publications/durban/preface.html>>. Consultado el 15 de abril de 2004.
5. Hernando de Soto, "The Economist versus the Terrorist", en <http://www.economist.com/people/displayStory.cfm?story_id=1559905>. Consultado el 15 de abril de 2004.
6. Minister of Health et al. vs. Treatment Action Campaign et al. Caso número CCT 8/02; 2002 (5) SA 721 (CC); 2002 (10) BCLR 1033 (CC).
7. Se informó que el presidente Thabo Mbeki había cuestionado la relación entre VIH y sida, lo que parece haber tenido impacto sobre el programa de combate a la enfermedad por parte del Ministerio de Salud.
8. "Las autoridades de salud y el presidente Thabo Mbeki fueron el centro de las críticas por no haber reconocido la magnitud de un problema que podría devastar la población, según algunos pronósticos médicos." Claire Keeton, "South African Government Ordered to Provide Nevaripine", en <<http://www.q.co.za/2001/2001/12/14-tacwins.html>>. Consultado el 15 de abril de 2004.
9. Sally Sara, de Australian Broadcasting Corporation, registró una de las muchas manifestaciones, el 27 de noviembre de 2001, cuando habría una audiencia sobre el tema en el Supremo Tribunal de Pretoria: "Los manifestantes traían cruces blancas en memoria de las personas que ya habían muerto como consecuencia de la epidemia [...]".

10. Se hizo una película sobre la vida de Zackie Achmat intitulada *It's My Life*. Ver <<http://www.q.co.za/2001/2001/11/28-STEPStzachie.html>>.

Consultado el 15 de abril de 2004.

11. Una nota de prensa emitida por el Community Law Centre, el 30 de abril de 2002, afirmaba que "creían que las mujeres embarazadas infectadas por el VIH tienen derecho al tratamiento sobre la base del derecho esencial de que todos deben tener acceso a un nivel básico de asistencia médica, incluso de medicina reproductiva, congruente con la dignidad humana. Los ricos gozan automáticamente de ese servicio, pero los pobres solo pueden disponer significativamente de él si el Estado lo suministra gratuitamente. Los niños también tienen derecho a la asistencia médica necesaria para reducir el riesgo de transmisión del VIH por parte de la madre".

12. La Comisión de los Derechos Humanos, citada originalmente como *amicus* en este caso, "brilló por su ausencia, de hecho, bajo alegaciones de que se había retirado por presión del gobierno", según la doctora Rachel Murray, de la Birkbeck College, de la Universidad de Londres. Ver "Is the HRC Playing Fair?" de Michael Morris, en

<<http://allafrica.com/stories/200303210601.html>>.

Consultado el 15 de abril de 2004.

13. Soobramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal 1998 (1) SA; 1997 (12) BCLR 1969 (cc) y Government of the Republic of South Africa et al. vs. Grootboom et al. 2001 (1) SA (CC); 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

14. Ver nota 18.

15. Ver nota 13, párrafo 41.

16. Ver Kevin Hopkins, "Shattering the Divide – When Judges Go too Far", en <<http://www.derebus.org.za/archives/2002Mar/articles/divide.htm>>.

Consultado el 15 de abril de 2004.

17. Ver nota 13.

18. *Ex parte* Chairperson of the Constitutional Assembly: *in re* Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 (4) SA 744 (CC).

19. "Enforcement of Social and Economic Rights", 27 de febrero de 2003. Centre for the Study of Human Rights, London School of Economics. Borrador de la transcripción.

20. Ver nota 6, párrafo 38.

21. Ver nota 6, párrafos 107 a 111.

22. Ver nota 13, párrafo 42.

23. Ver nota 13, párrafo 44.
24. 1995 (3) SA 391 (CC).
25. Nota de prensa datada el 22 de abril 2003: Lawyers for Human Rights et al. v. Minister of Home Affairs et al.
26. *Conradie v Hanekom LCC 8 / RR.*
27. Jeremy Sarkin, "Promoting Access to Justice", 41. *Indicator SA*, vol. 19, n. 3, diciembre de 2002, 44.
28. Se contrataron abogados particulares para representar a determinados clientes que cumplían ciertos requisitos en cuanto a su nivel de ingresos. Fueron remunerados por el Legal Aid Board, que se basó en el análisis caso por caso.
29. Jeremy Sarkin, nota 27, 42.
30. *Idem*, 41.
31. Vinodh Jaichand, "A Social and Moral Responsibility". 37 *Indicator SA*, vol. 19, n. 3, diciembre de 2002; y "LHR Calls on Lawyers to Embark on Pro Bono Work". *De Rebus*, febrero de 2002.
32. Juez Pius Langa, "Making Rights a Reality". 38 *Indicator SA*, vol. 19, n. 3, diciembre de 2002, 39.
33. Geoff Budlender, "Proposals for a New System". 50 *Indicator SA*, vol. 19, n. 3, diciembre de 2002, 51.
34. Roland Rich, "Solidarity Rights Give Way to Solidifying Rights". *Academy of Social Sciences*. 2002, 25, 31.
35. Párrafo 2º, General Comment Number 9 (Nineteenth Session, 1998). Informe del Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN doc.E/1999/22, pp. 117-121.
36. *Idem*, párrafo 9º.
37. Neil Stammers, "Social Movements and the Social Construction of Human Rights". *Human Rights Quarterly*, 21.4, 1999, 980 a 983.
38. Ver nota 37, 1003/4.
39. Ver nota 37, 1008.

Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos fue creada en 2002 con el objetivo de nuclear académicos que actúan en el campo de los derechos humanos y de promover la cooperación de estos con agencias de las Naciones Unidas. La red cuenta hoy con más de 130 asociados de 36 países, entre los que se incluyen profesores e integrantes de organismos internacionales y de agencias de las Naciones Unidas.

Sur busca profundizar y fortalecer los vínculos entre académicos que se ocupan de la temática de los derechos humanos ampliando su voz y su participación en órganos de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales y universidades. En este contexto, lanza *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, con el objetivo de consolidar un canal de comunicación y de promoción de investigaciones innovadoras. La revista pretende aportar otro punto de vista sobre los temas involucrados en este debate desde una perspectiva que contemple las peculiaridades de los países del hemisferio sur.

Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos es una publicación académica semestral editada en inglés, portugués y español, y disponible también en formato electrónico en el sitio <<http://www.surjournal.org>>.

