

2005  
Año 2 • Número 2  
Edición en Español

● **Salil Shetty**

Declaración y Objetivos de Desarrollo del Milenio:  
Oportunidades para los derechos humanos

● **Fateh Azzam**

Los derechos humanos en la implementación de los  
Objetivos de Desarrollo del Milenio

● **Richard Pierre Claude**

Derecho a la educación y educación para los derechos humanos

● **José Reinaldo de Lima Lopes**

El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas

● **E.S. Nwauche y J.C. Nwobike**

Implementación del derecho al desarrollo

● **Steven Freeland**

Derechos humanos, medio ambiente y conflictos:  
Enfrentando los crímenes ambientales

● **Fiona Macaulay**

Cooperación entre el Estado y la sociedad civil  
para promover la seguridad ciudadana en Brasil

● **Edwin Rekosh**

¿Quién define el interés público?

● **Víctor E. Abramovich**

Líneas de trabajo en derechos económicos,  
sociales y culturales: Herramientas y aliados



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 Heyns**

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 Bradford, 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

---

**EDICIÓN DE ARTE**

Alex Furini

---

**COLABORACIONES**

Ada Solari, Beatriz Santos, Claudia Otero, Daniela Ikawa, Miriam Osuna, Juana Kweitel, Noëmia de A. Ramos, Paula Martins

---

**DISTRIBUCIÓN**

Camila Lissa Asano

Mathias Fingerman

---

**IMPRESIÓN**

Prol Editora Gráfica Ltda.

**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](mailto: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.surjournal.org>>

## COLABORACIONES



***Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*** está recibiendo artículos para sus próximos números. La revista, editada en tres idiomas – portugués, inglés y español –, es semestral y se distribuye gratuitamente a cerca de 3.000 lectores en más de 100 países. La publicación se encuentra, además, íntegramente disponible en internet: <<http://www.surjournal.org>>.

El público de la revista está compuesto principalmente por académicos y activistas que se dedican al estudio y a la defensa de los derechos humanos. Su principal objetivo es diseminar una perspectiva propia de los países del Sur, poniendo de relieve sus especificidades y facilitando el contacto entre ellos, sin por eso despreciar las importantes contribuciones provenientes de las naciones más desarrolladas.

La revista es publicada por **Sur - Red Universitaria de Derechos Humanos**, organización cuya misión es fortalecer la voz de las universidades del Hemisferio Sur (África, Asia y América Latina) en el debate internacional sobre derechos humanos y a su vez facilitar su cooperación con las organizaciones de la sociedad civil y las Naciones Unidas.

Las ediciones de la revista no son temáticas, de esta manera se posibilita la divulgación de artículos que aborden la cuestión de los derechos humanos desde distintas perspectivas. Dentro de este vasto y complejo campo, se dará prioridad a artículos que traten de forma preferencial – aunque no exclusiva – los siguientes temas:

- Acceso a la justicia
- Seguridad y derechos humanos
- Comercio y derechos humanos

Las contribuciones deben ser enviadas electrónicamente a <surjournal@surjournal.org>, en archivos con formato Microsoft Word, incluyendo:

- El texto del artículo, con 7.000 a 10.000 palabras. Se sugiere que las notas al pie sean cortas y objetivas, y reducidas al mínimo posible. Las referencias bibliográficas deben concordar con las normas internacionales.
- Una biografía sucinta del autor, con un máximo de 50 palabras.
- Un resumen del artículo (*abstract*), con un máximo de 150 palabras, incluyendo las palabras llave para la clasificación bibliográfica.

Lo ideal es que los artículos sean inéditos. Sin embargo, excepcionalmente serán aceptados artículos relevantes que ya hayan sido publicados y cuya reproducción sea autorizada. La selección de los artículos y demás asuntos editoriales son de responsabilidad del Consejo Editorial.

Todas las contribuciones serán evaluadas por lo menos por dos integrantes del Consejo Editorial y, siempre que sea necesario, también por especialistas externos. Las eventuales modificaciones sugeridas serán enviadas a los autores, y su incorporación quedará sujeta a su autorización expresa.

Debido a que la distribución de la revista es gratuita y la Red Sur no tiene fines de lucro, los artículos no son remunerados. La función primordial de la publicación es la sensibilización y la lucha por la defensa de los derechos humanos en el Hemisferio Sur. Es con el fin de contribuir con esta misión que tomamos la libertad de solicitar su colaboración.

## CONTENIDOS

SALIL SHETTY	<b>7</b>	Declaración y Objetivos de Desarrollo del Milenio: Oportunidades para los derechos humanos
FATEH AZZAM	<b>23</b>	Los derechos humanos en la implementación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio
RICHARD PIERRE CLAUDE	<b>39</b>	Derecho a la educación y educación para los derechos humanos
JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES	<b>67</b>	El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas
E.S. NWAUCHE y J.C. NWOBIKE	<b>99</b>	Implementación del derecho al desarrollo
STEVEN FREELAND	<b>121</b>	Derechos humanos, medio ambiente y conflictos: Enfrentando los crímenes ambientales
FIONA MACAULAY	<b>151</b>	Cooperación entre el Estado y la sociedad civil para promover la seguridad ciudadana en Brasil
EDWIN REKOSH	<b>181</b>	¿Quién define el interés público?
VÍCTOR E. ABRAMOVICH	<b>195</b>	Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados

SALIL SHETTY

Director de la Campaña del Milenio de las Naciones Unidas.

#### RESUMEN

Este artículo aborda la relación intrínseca entre los Objetivos del Milenio y los derechos humanos. Analiza cómo, al adoptar un discurso de derechos humanos, algunos países, en particular aquellos en los que el hambre y la pobreza aumentan rápidamente, crean condiciones para reivindicar la supervisión e implementación de estos Objetivos para 2015. Muestra que a pesar de su supuesta fragilidad los Objetivos del Milenio pueden ser útiles para promover el avance de la agenda de los derechos humanos. Sugiere que los ciudadanos se movilicen y presionen a sus gobiernos y a las instituciones internacionales para exigir el cumplimiento de los Objetivos, con el propósito de erradicar el hambre e intensificar el desarrollo. [Texto original en inglés.]

## DECLARACIÓN Y OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO: OPORTUNIDADES PARA LOS DERECHOS HUMANOS\*

Salil Shetty



La relación entre los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), por un lado, y los derechos humanos, por otro, ha provocado cierta confusión en la sociedad civil. Aquí se plantea la cuestión desde la perspectiva de un activista de los derechos humanos, por lo que es posible que no se ajuste a los patrones de los que poseen una comprensión profunda de sus fundamentos teóricos y legales.

Al iniciar una discusión sobre los Objetivos del Milenio se debe tener en mente la realidad de manera más amplia. En el mundo actual, no existe mayor desafío que combatir la pobreza extrema y sus manifestaciones. Lamentablemente, nos hemos vuelto insensibles a la magnitud del problema. Mientras estamos discutiendo el tema, aproximadamente una de cada seis personas en el mundo, lo que significa casi mil millones de personas, pasa hambre todos los días. Se estima que 30 mil seres humanos, en su mayoría niños, mueren todos los días a consecuencia de la pobreza. En el último año, por lo menos 500 mil madres murieron en el parto o a causa de la desnutrición, una realidad que de modo alguno puede justificarse.

La denominada comunidad internacional suele actuar con terrible atraso. Preferimos lidiar con las consecuencias que intervenir cuando se perciben las manifestaciones iniciales. Los actuales ataques de nubes de langostas en África Occidental constituyen un ejemplo ilustrativo de esta cuestión, por no hablar

\* Texto editado a partir de la conferencia pronunciada en el IV Coloquio Internacional de Derechos Humanos: "La Declaración y las Metas de Desarrollo del Milenio de la ONU: desafíos para los derechos humanos". São Paulo, Brasil, 11 de octubre de 2004.

de la crisis en Darfur. Casi 3 millones de personas murieron de SIDA en el último año. Se les niega el derecho a la educación básica a 120 millones de niños que se encuentran fuera de las escuelas, y los números son mucho más elevados si se incluyen a los que asisten a escuelas totalmente ineficientes, con tasas de matrículas irreales. Mil millones de personas, en su mayoría mujeres y niños, no tienen acceso al agua potable.

Ante nuestros ojos se muestra, de forma incontestable, la mayor arma de destrucción masiva, la pobreza extrema. Sin embargo, paradójicamente, el mundo jamás vio tanta prosperidad. Las mil personas más ricas del planeta poseen una fortuna personal mayor que los ingresos de 500 millones de habitantes de los llamados “países en vías de desarrollo”.

En septiembre del año 2000, los líderes mundiales, avergonzados por la magnitud de esta violación a los derechos humanos fundamentales – y perturbados por las posibles consecuencias que la extrema privación que enfrenta la mayoría de la población puede tener para la seguridad mundial –, asumieron un compromiso. En la mayor reunión de jefes de Estado de la historia de la humanidad, aprobaron un documento solemne en el que prometen liberar a sus conciudadanos de la indignidad y del sufrimiento que acompañan a la pobreza extrema. En el momento en que se iniciaba un siglo y un milenio, recapitularon los resultados de las diversas conferencias y cumbres de las Naciones Unidas durante la década del 90, y se comprometieron a alcanzar hasta 2015 un conjunto de metas y objetivos mínimos, pero concretos. Este programa se dio a conocer como Metas de Desarrollo del Milenio u Objetivos de Desarrollo del Milenio.

El nombre de este Coloquio se refiere a los desafíos que la Declaración del Milenio y los Objetivos propuestos representan para los derechos humanos. Pero, al contrario de esto, estoy absolutamente convencido de que la interpretación y utilización adecuadas de la Declaración y de los Objetivos del Milenio propician una oportunidad poderosísima para convertir en realidad las aspiraciones de los derechos humanos. De la misma manera, asegurar que el discurso sobre los Objetivos se establezca dentro del contexto de los derechos humanos constituye la única forma de garantizar que estos se alcancen de manera más amplia y sostenible. Desde mi punto de vista, los Objetivos del Milenio y los derechos humanos son interdependientes y se refuerzan mutuamente. A continuación intentaré explicarlo.



## Los Objetivos del Milenio en el contexto de los derechos humanos

Es sorprendente que incluso personas bien informadas, a menudo, no recuerden que los Objetivos derivan de la Declaración del Milenio, pues son posteriores a ese documento original. Por lo tanto, quiero dedicarle especial atención a la Declaración del Milenio, que constituye la base legal y contextual de la implantación de los Objetivos y las Metas del Milenio.

La Declaración del Milenio presenta ocho secciones de peso equivalente. La primera sección trata sobre “Valores y principios”, y todos se fundamentan en el discurso sobre los derechos humanos. Cito aquí algunos trechos de esa sección pertinentes a esta discusión.

*Creemos que la tarea fundamental a que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien ofrece grandes posibilidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual al igual que sus costos.*

[...]

*Consideramos que determinados valores fundamentales son esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI:*

***La libertad.** Los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia. La mejor forma de garantizar esos derechos es contar con gobiernos democráticos y participativos basados en la voluntad popular.*

***La igualdad.** No debe negarse a ninguna persona ni a ninguna nación la posibilidad de beneficiarse del desarrollo. Debe garantizarse la igualdad de derechos y oportunidades de hombres y mujeres.*

[...]

Las otras secciones son: “La paz, la seguridad y el desarme”; “El desarrollo y la erradicación de la pobreza” (los ocho Objetivos se extrajeron originariamente de esta sección); “Protección de nuestro entorno común”; “Derechos humanos, democracia y buen gobierno”; “Protección de las personas vulnerables”; “Atención a las necesidades especiales de África”; y “Fortalecimiento de las Naciones Unidas”.

Cito algunos trechos relevantes de la sección “Derechos humanos, democracia y buen gobierno”:

*No escatimaremos esfuerzo alguno por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho al desarrollo.*

*Decidimos, por tanto:*

- *Respetar y hacer valer plenamente la Declaración Universal de Derechos Humanos.*
- *Esforzarnos por lograr la plena protección y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todas las personas en todos nuestros países.*
- *Aumentar en todos nuestros países la capacidad de aplicar los principios y las prácticas de la democracia y del respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías.*
- *Luchar contra todas las formas de violencia contra la mujer y aplicar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.*
- *Adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, eliminar los actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en muchas sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas las sociedades.*
- *Trabajar aunadamente para lograr procesos políticos más igualitarios, en que puedan participar realmente todos los ciudadanos de nuestros países.*
- *Garantizar la libertad de los medios de difusión para cumplir su indispensable función y el derecho del público a la información.*

La Declaración no deja margen para dudas ni negociaciones. Los Objetivos del Milenio se refieren a la comprobación del derecho al desarrollo dentro de un contexto más amplio de derechos humanos. Se considera que el desarrollo es un imperativo basado en la justicia, y no una opción caritativa. Los valores fundamentales para alcanzar los Objetivos son: la responsabilidad compartida, la indivisibilidad, la ausencia de discriminación, la igualdad y la responsabilidad, todos ellos extraídos de un diccionario de derechos humanos. Los Objetivos del Milenio se fundamentan en la legitimidad de los valores de los derechos humanos, pues sin ellos serían un conjunto de metas desprovistas de valor.

## La relación entre los Objetivos y los estándares de derechos humanos

Son muchas las contribuciones relativas a los dispositivos, medidas e instrumentos específicos de los derechos humanos que los Objetivos del Milenio pueden tomar como guía. No obstante, todas poseen como característica común el hecho de que sus conexiones son mucho más amplias y evidentes. Como la Declaración del Milenio considera el desarrollo desde la perspectiva de los derechos humanos, se puede decir que son relevantes todas las medidas establecidas en convenciones y tratados internacionales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD, sigla en inglés); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, sigla en inglés), y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Esto ha sido detallado en un informe reciente (27 de septiembre de 2004) presentado ante la Asamblea General de la ONU por el Relator Especial sobre Derecho a la Salud de la Comisión de Derechos Humanos (véase el cuadro en la página siguiente).

La Campaña del Milenio, en conjunto con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, publicará en breve un pequeño documento para identificar sinergias y aclarar las relaciones entre los derechos humanos y los Objetivos del Milenio.

Pero dejando de lado el mundo de la Declaración del Milenio y de los estándares sobre derechos humanos, en el mundo real encontramos la ausencia de dignidad, de respeto y de elección, factores característicos de la pobreza. En la actualidad, la injusticia y la discriminación de cualquier especie se consideran elementos clave y determinantes de la pobreza, y no es casual que estos mismos determinantes sean los responsables por la mayoría de los abusos contra los derechos humanos. La existencia y aplicación justa del Estado de Derecho reviste una importancia mucho mayor para los pobres y excluidos que para cualquier otro grupo de personas, y lo mismo puede afirmarse en cuanto a la concretización de los Objetivos del Milenio. Son los pobres, y en particular las

mujeres, quienes tienen que vivir en tierras sobre las que no tienen derechos legales, enfrentando violencia e inseguridad constantes. Una visita a cualquier *favela* de São Paulo mostrará esta historia tal como es. Por lo tanto, la pobreza es fundamentalmente una negación de los derechos humanos.

### *Objetivos de Desarrollo del Milenio y medidas de derechos humanos*

<b>Objetivos de Desarrollo del Milenio</b>	<b>Principales medidas referidas a los derechos humanos</b>
1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre	DUDH, Artículo 25(1); PIDESC, Artículo 11
2. Lograr la enseñanza primaria universal	DUDH, Artículo 25(1); PIDESC, Artículos 13 y 14; CDN, Artículo 28(1)(a); CEDAW, Artículo 10; CERD, Artículo 5(e)(v)
3. Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer	DUDH, Artículo 2; CEDAW; PIDESC, Artículo 3; CDN, Artículo 2
4. Reducir la mortalidad infantil	DUDH, Artículo 25; CDN, Artículos 6 y 24(2)(a); PIDESC, Artículo 12(2)(a)
5. Mejorar la salud materna	DUDH, Artículo 25; CEDAW, Artículos 10(h), 11(f), 12 y 14(b); PIDESC, Artículo 12; CDN, Artículo 24(2)(d); CERD, Artículo 5(e)(iv)
6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades	DUDH, Artículo 25; PIDESC, Artículo 12; CDN, Artículo 24; CERD, Artículo 5(e)(iv)
7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente	DUDH, Artículo 25(1); PIDESC, Artículo 11(1) y 12; CEDAW, Artículo 14(2)(h); CDN, Artículo 24; CERD, Artículo 5(e)(iii)
8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo	Artículo 1(3), 55 y 56 de la Carta; DUDH, Artículos 22 y 28; PIDESC, Artículos 2(1), 11(1), 15(4), 22 y 23; CDN, Artículos 4, 24(4) y 28(3)

### **Mejores oportunidades para erradicar la pobreza**

Existen diversos motivos por los cuales los Objetivos del Milenio, en el contexto actual, ofrecen la mejor oportunidad para erradicar la pobreza:

- Los Objetivos representan, a nivel de los gobiernos, un **pacto** no solo de los países ricos y pobres con el sistema de las Naciones Unidas (basado en la responsabilidad compartida), sino también con las instituciones clave que determinan el destino económico del mundo en desarrollo: el Banco Mundial, el FMI, los bancos regionales de desarrollo y, cada vez más, la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Por primera vez, las instituciones financieras internacionales y los gobiernos de los países ricos han afirmado que se los puede considerar responsables, tanto en términos de proceso como en relación con los resultados.

- El mundo jamás vio tanta **prosperidad**. Las centenas de miles de millones de dólares que se gastan en Irak nos brindan una perspectiva de esta situación. Solo en el último año, el mundo gastó 900 mil millones de dólares en armas. Esto sin mencionar el dinero que circula en forma de ayuda vinculada a subsidios agrícolas y pura corrupción. Es posible que no se necesiten más que 100 mil millones de dólares de ayuda adicional por año para cumplir los Objetivos. Financieramente, estamos hablando de valores bastante bajos.
- El desempeño de los Objetivos será **evaluado**, y esto no se resume a imponentes declaraciones de intención, ya que los Objetivos son mucho más precisos. Como mecanismos de control se establecieron los informes nacionales referidos a la ejecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y los informes del Secretario General ante la Asamblea de la ONU. Muchos actores de la sociedad civil empiezan a examinar procesos independientes de investigación, y ya se han producido más de 60 informes nacionales en países de todo el mundo.
- Los Objetivos son claramente **alcanzables**. En verdad, las críticas de la sociedad civil afirman que no son objetivos para el milenio, sino metas mínimas de desarrollo y que es posible que ni siquiera se puedan alcanzar. Sin embargo, creemos que establecer metas aún más bajas sería moralmente inaceptable. También es verdad que en la actual trayectoria, si mantenemos la postura de “dejar todo como está”, los Objetivos no se alcanzarán ni en 2015, fecha que para muchos de nosotros parece demasiado lejana. Existe cierto consenso con relación al hecho de que estos Objetivos no se alcanzarán en particular en África Subsahariana, pues, si en esa región persiste el actual ritmo, la primera meta referida a la pobreza extrema y al hambre solo se cumpliría en el año 2147.

Sin embargo, la verdad es que el significado de los Objetivos no reside tanto en la esfera mundial, ni inclusive en la esfera nacional. La pobreza, la morbilidad, la mortalidad y el analfabetismo son, como sabemos, hechos estadísticos masivos. Pero, en términos de individuos y hogares, hombres

y mujeres, niñas y niños, son la línea divisoria entre la dignidad y la indignidad, y en muchos casos, literalmente entre la vida y la muerte. Por lo tanto, los Objetivos no se refieren a África o a los países menos desarrollados aisladamente, se refieren de la misma manera a América Latina, a los llamados países de ingreso medio y a los de transición.

La mayoría de los pobres del mundo vive en países como la India, China y el Brasil, que no están entre los que se consideran menos desarrollados. Los niveles de mortalidad infantil para el 20% más pobre de Bolivia son tan graves como los de África Subsahariana. Los Objetivos se refieren a personas y no a las estadísticas del ámbito nacional o mundial.

Los Objetivos se deben definir a nivel nacional, la principal unidad de implementación, mediante un proceso de participación integral y consensuada de todos los ciudadanos. Algunos países, como Vietnam, decidieron establecer sus propios Objetivos del Milenio, superiores a las metas mundiales. Los países de América Latina establecieron para sí mismos la meta de universalización de la educación de nivel medio, mientras que el Objetivo 2 mundial es lograr la educación básica universal. Los modelos y políticas heterodoxos de desarrollo se deben generar en el ámbito nacional, de modo de alcanzar los Objetivos definidos.

### **¿Qué está equivocado en los Objetivos?**

Hay quienes critican a los Objetivos del Milenio por considerarlos demasiado ambiciosos, o bien porque han establecido metas mínimas de desarrollo que diluyen compromisos anteriores (véase el cuadro de al lado, de Katarina Tomaševski). Otros, incluso, los consideran excesivamente simplistas y cuantitativos. En la mayoría de los casos, las debilidades y restricciones se encuentran en las metas y los indicadores. El Objetivo 3, en particular, ha sido el más criticado, en la medida en que las cuestiones de género son de las más polémicas. El Objetivo 8 también es bastante polémico, pues es el único que no establece compromisos precisos y plazos específicos. Muchos cuestionan la naturaleza colectiva y mundial de los Objetivos y los equívocos que ello puede generar. Otra crítica apunta al hecho de que los Objetivos sean, por naturaleza, apolíticos y estén dirigidos por los donantes.

## Diferencias entre la CEDAW y los ODM

	<b>Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)</b>	<b>Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)</b>
<b>¿Qué?</b>	<p><i>Obligaciones internacionales del Estado</i></p> <p>Las obligaciones internacionales de derechos humanos se refieren al Estado y no se ven afectadas por los cambios de gobiernos. Son obligaciones asumidas por la vía parlamentaria, que pasan a formar parte de la legislación nacional. Mediante el proceso de ratificación, estas obligaciones también pasan a ser leyes internacionales y se aplican a las relaciones entre Estados e individuos.</p>	<p><i>Compromisos políticos</i></p> <p>Los cambios de gobierno por la vía electoral con frecuencia alteran el marco de compromiso político; pocos gobiernos, entre los que se comprometieron con los ODM en 2000, se mantienen en el poder. Los cambios electorales (en Estados Unidos o Dinamarca) ilustran hasta dónde pueden cambiar las políticas de cooperación para el desarrollo. La continuidad de los ODM depende de la presión conjunta entre los gobiernos, mientras que los objetivos y las metas se pueden alterar por medio de acuerdos entre los gobiernos que estén en el poder.</p>
<b>¿Cuándo?</b>	<p><i>Obligaciones permanentes e inmediatas</i></p> <p>Los tratados internacionales de derechos humanos establecen patrones internacionales mínimos que pueden y deben alcanzarse en todos los países. Pueden reivindicarse como derechos individuales por los sectores afectados, y también como obligaciones internacionales por otros gobiernos. La obligación de todos los Estados-Partes de la CEDAW es actuar continuamente con miras a alcanzar la igualdad entre los géneros, meta que aún no se ha alcanzado en ningún país. De esta forma, constituyen parámetros que se aplican a todos los países de forma permanente.</p>	<p><i>Objetivos a largo plazo</i></p> <p>Las metas específicas se establecieron dentro del nivel más bajo, de modo que fueran "técnicamente viables incluso para los países más pobres" (UN Doc. A/59/282, agosto de 2004, párrafo 77). Al postergar el plazo de los ODM para el año 2015, se reduce el carácter inmediato de los derechos humanos, así como la necesidad de avances en los países que ya alcanzaron los objetivos cuantitativos mínimos. Como se trata de objetivos a largo plazo, no generan derechos individuales ni crean una base legal para exigir la responsabilidad en las relaciones entre los Estados.</p>
<b>¿Cómo?</b>	<p><i>Las obligaciones gubernamentales acarrear derechos individuales</i></p> <p>Los procedimientos internacionales de reivindicación de los derechos humanos les confieren a los individuos el derecho de responsabilizar legalmente a los gobiernos por fallas en la implementación de las obligaciones de los derechos humanos, tanto en el plano doméstico como en escala internacional.</p>	<p><i>Falta de corrección para un mal desempeño</i></p> <p>Los ODM prevén apenas un proceso de supervisión y acompañamiento de objetivos cuantitativos específicos, así como posibilidades de aumentar la ayuda para perfeccionar el desempeño.</p>
<b>¿Cuánto?</b>	<p><i>Todos los derechos humanos para todas las mujeres</i></p> <p>La CEDAW establece la igualdad de género como un objetivo a ser alcanzado. Requiere para esto el pleno reconocimiento de todos los derechos humanos a todas las niñas y mujeres, eliminando todas las formas de discriminación.</p>	<p><i>Metas cuantitativas específicas</i></p> <p>Los indicadores escogidos para el monitoreo reflejan solamente los datos que ya existen, que dejan de lado muchas áreas para las cuales no hay estadísticas internacionales comparables (como el casamiento infantil, la poligamia o la violencia contra las mujeres) y áreas en las que se usan datos cualitativos (como la ausencia de derechos de las mujeres reconocidos internacionalmente pero no a nivel nacional, o la eliminación de estereotipos).</p>

Sin embargo, incluso estos objetivos mínimos e imperfectos significan mucho para las personas que están lejos de conocerlos. Ofrecen la mejor esperanza en el actual escenario, ya que cuentan con el compromiso de los líderes mundiales del más alto nivel, tanto en el Sur como en el Norte. No podemos permitir que lo mejor sea enemigo de lo bueno.

Por último, existe la cuestión de la responsabilidad y de la factibilidad, que quiero enfatizar en lo que resta de este texto. Una de las mayores críticas, en particular por parte de la comunidad de los derechos humanos, es que los Objetivos del Milenio, al contrario de las convenciones y de los tratados de derechos humanos, no crean vínculos legales.

### **¿De qué modo los derechos humanos pueden ayudar a alcanzar los Objetivos del Milenio?**

Una de las principales formas para lograr aumentar la responsabilización de los gobiernos y actores no gubernamentales es recurrir a los procesos e instrumentos de derechos humanos ya existentes, y que pueden ayudar a alcanzar los Objetivos. Los relatores especiales ya están empezando a hacerlo en sus propios documentos. Sería interesante que se estableciera una correlación estrecha a nivel nacional entre los informes de los ODM nacionales y los que se presentan al Comité del PIDESC. De la misma forma, los mecanismos de supervisión de los tratados deberían empezar a incluir entre sus funciones un acompañamiento de los ODM.

Las delegaciones y misiones de los países podrían utilizar los informes que envían a la prensa para dar destaque al desempeño de los ODM. Los procesos que se refieren a cada tema también podrían utilizar esa matriz en las propias evaluaciones y en sus informes.

Los objetivos y las metas localmente definidas pueden proveer importantes referencias para el logro progresivo de los derechos humanos; por ejemplo, la meta de reducir en dos terceras partes la tasa de mortalidad de los niños menores de 5 años antes de 2015 se puede traducir a niveles intermedios, que sean apropiados en cada localidad. Cabe a los ODM contribuir para asegurar que la realización progresiva no sea un proceso que pueda extenderse *ad infinitum*.

En la esfera nacional, hay mucho espacio para proveer de



base legal a varios de los Objetivos. En muchos países desarrollados se están creando leyes de cooperación internacional. El Comentario General sobre medidas de asistencia técnica internacional del Comité de la ONU de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituye un importante indicador en esta esfera.

Pero volvamos al mundo real, en el que sabemos que la reivindicación y el acompañamiento de los derechos forman parte de un proceso político, mediado por la práctica del poder, y son resultado de un intenso cuestionamiento y del empeño de innumerables actores sociales y políticos. Esto es un hecho a nivel local, nacional e internacional. Es necesario comprender que los derechos humanos van mucho más allá de los derechos legales. Si el simple hecho de declarar que estas necesidades básicas son derechos básicos nos ayudara a alcanzarlos, el mundo ya sería un lugar mucho mejor ahora.

Entonces, ¿qué es lo que impide que el mundo alcance estos objetivos mínimos? En el pasado, podríamos decir que no se disponía de tecnología o de recursos para enfrentar la cuestión de satisfacer las mínimas necesidades de todos los seres humanos. Lo que ocurre es que ya no se trata de esto. Sabemos lo que se debe hacer.

Uno de los principales factores que impiden que el mundo alcance los Objetivos es la falta de voluntad y de compromiso político. Tenemos los medios, pero no la voluntad. En la medida en que tratamos con países democráticos, los gobiernos son los principales responsables por sus ciudadanos y electores. La voluntad política solamente cambia si hay movilización pública en las esferas local y nacional, que fundamente procesos internacionales, como ya hemos visto en campañas recientes, como varias del Jubileo 2000, además de campañas contra las minas terrestres o contra las grandes represas.

Quiero comentar dos ejemplos que ponen de manifiesto el poder de la sociedad civil cuando se organiza sobre la base de los derechos humanos: las campañas por la Educación Básica en Kenia y para el Derecho a la Alimentación en la India. En Kenia, las principales organizaciones de la sociedad civil efectuaron una campaña con bastante éxito en la que reivindicaban el derecho fundamental a la educación básica y gratuita. El nuevo gobierno, que asumió en el mes de diciembre de 2003, estableció la educación gratuita en la primera semana de trabajo y promovió el ingreso de centenas de millares de niños a las escuelas.

En abril de 2001, la Campaña para el Derecho a la Alimentación, en la India, propuso una acción civil pública para que el stock de cereales mantenido en los depósitos del gobierno fuera remitido al sistema de distribución pública. Tras una intensa campaña de la sociedad civil, con participación de los sectores rurales de catorce estados y una amplia cobertura de la prensa, peticiones populares y otros recursos, el Supremo Tribunal dio órdenes, en noviembre de 2001, para que todos los gobiernos de los estados introdujeran alimentos cocidos en los almuerzos que se ofrecen en las escuelas primarias.

De esta forma, las campañas a nivel nacional sobre la Declaración y los Objetivos del Milenio, dentro de un marco de derechos humanos, deben constituir la espina dorsal de cualquier campaña internacional que pueda forzar la actuación de los líderes políticos.

De acuerdo con lo que está redactado de modo un poco impreciso en el Objetivo 8 de los ODM, la clave del Pacto del Milenio es que los países ricos deben cumplir sus obligaciones para ayudar a erradicar la pobreza. Esto significa cumplir sus compromisos de destinar el 0,7% del producto nacional bruto (PNB) para la Ayuda Pública al Desarrollo (APD); y perfeccionar la calidad de la ayuda, que incluye separar y simplificar los procedimientos y acabar con las condicionalidades, a fin de lograr una reducción más profunda y más rápida de la deuda (África gasta anualmente en la deuda más de lo que recibe). Se debe redefinir por tanto la sostenibilidad de la deuda teniendo en vista la concretización de los Objetivos del Milenio.

Es necesario franquear el terreno en la arena comercial. Esto incluye la delimitación de plazos para eliminar los subsidios agrícolas, que dejan al pobre más pobre; un espacio político para los países en desarrollo; y la revisión de todos los contratos de propiedad intelectual que únicamente benefician a las multinacionales y perjudican la seguridad alimentaria y las necesidades sanitarias de los pobres. Es fundamental para la concretización de los Objetivos del Milenio concluir la Ronda de Doha en favor de los países pobres.

Aunque el compromiso de los países ricos con su parte en el acuerdo es crucial, no hay duda de que los países pobres, con su propio esfuerzo, pueden hacer mucho para obtener estos derechos básicos. Al final de cuentas, no se requiere tanta ayuda externa para establecer políticas y campañas concretas, recaudar

y asignar recursos internos y externos para satisfacer las necesidades de la mayoría de la población dentro de una perspectiva inclusiva, responsabilizarse frente a los propios ciudadanos y acabar con la corrupción.

Pero, como se dice, hay mucha retórica y poca acción. Se otorga un supuesto apoyo a los Objetivos del Milenio, pero a menudo estos se transforman en un nuevo rótulo dentro del cual se esconde la manutención de antiguas prácticas ineficientes. De hecho, los gobiernos solo actuarán si los ciudadanos los presionan para que cumplan con sus promesas.

Este es justamente nuestro foco en la Campaña del Milenio: apoyar las acciones de los ciudadanos para que exijan de sus propios gobiernos y de las instituciones internacionales la responsabilidad que les cabe para alcanzar los Objetivos del Milenio, expresados en los contextos nacional y local. Sin duda, como no podía dejar de ser, cada una de las campañas que está cobrando fuerza en, aproximadamente, 30 países del Norte y del Sur es diferente. La campaña en Filipinas se centra en que los presupuestos gubernamentales se destinen en función de los Objetivos del Milenio. En El Salvador, la campaña exige de las autoridades locales que la prestación de servicios llegue de hecho a las poblaciones mediante la provisión de educación, agua potable y salud. En Ghana, se busca cambiar la Estrategia de la Reducción de la Pobreza para poner en evidencia los derechos de los pobres. La campaña italiana intenta que el gobierno se comprometa con la meta del 0,7%. La campaña irlandesa se denomina *Keep Our Word* (Mantenga nuestra Palabra) y la hindú se llama experimentalmente *Vaada na Todo* (No Rompa su Promesa).

Lo que todas tienen en común es el hecho de que interpretan los Objetivos del Milenio dentro de un marco de derechos humanos y justicia, de acuerdo con lo descrito en la Declaración del Milenio, no como un conjunto superficial de metas, sino considerando las causas subyacentes y estructurales de la pobreza. La campaña española *Sin Excusas 2015* ha tenido un buen comienzo.

Es interesante observar que los Objetivos de Desarrollo del Milenio se han convertido en una fuerza unificadora que lleva a las organizaciones de la sociedad civil a trabajar en conjunto en diferentes prioridades sectoriales y temáticas. Están aproximando a las organizaciones no gubernamentales

orientadas a la prestación de servicios de aquellas que se centran en los aspectos jurídicos de los derechos humanos. Al mismo tiempo, están incluyendo en los procesos a otros grupos, además de las organizaciones no gubernamentales que apuntan al desarrollo. La juventud, los parlamentarios y las autoridades locales están uniendo fuerzas para una lucha conjunta contra la pobreza.

La buena noticia es que las cosas empiezan a cambiar. Algunos de los países más pobres del mundo ya están mostrando que es posible alcanzar los Objetivos del Milenio, si existe un compromiso político, incluso en situaciones adversas, como las que enfrenta África Subsahariana. Malawi, Eritrea y Gambia brindan ejemplos en cuanto a la educación básica; Bangladesh, Ghana y Mozambique están progresando en el área de salud, y Tailandia, Uganda y Senegal, en el combate al SIDA.

Diversos países ricos empiezan a cumplir sus responsabilidades. La mitad de los países de la Unión Europea tienen, ahora, un plazo claro para llegar a destinar el 0,7% del PNB para la ayuda, incluidas algunas grandes economías como España y el Reino Unido. Después de un gran intervalo, en 2003 los niveles generales de ayuda han aumentado. Es posible vislumbrar alguna esperanza en las negociaciones comerciales, como las declaraciones de julio de 2004 referidas a los subsidios agrícolas. Cancún despertó la discusión y las subsecuentes victorias del Brasil en sus reivindicaciones contra las prácticas comerciales desleales en la OMC también dan señales positivas. El debate sobre la deuda, reabierto en la última reunión del G8, deberá proseguir en la próxima convocatoria. Sin embargo, nada de esto está ni siquiera cerca de lo que sería necesario para alcanzar los Objetivos.

La sociedad civil se está fortaleciendo en las esferas nacional e internacional, con iniciativas como el Foro Social Mundial. Diversos grupos de excluidos empiezan a ejercer sus derechos. Actualmente están en el poder, en varios países estratégicamente importantes, gobiernos y partidos progresistas que se posicionan a favor de los pobres. Además, hay elecciones inminentes en otros más.

El año 2005 es de particular importancia para todos nosotros. El mundo precisa retomar su agenda de desarrollo y dejar de lado la obsesión con la llamada guerra contra el

terrorismo, que reduce de manera significativa el espacio de los derechos humanos y acarreó el desvío de los escasos recursos antes destinados al desarrollo. En este sentido, la reunión de jefes de Estado, prevista para septiembre de 2005, será de fundamental importancia para rever los logros de la Declaración del Milenio. La misma será precedida por la reunión del G8, en el Reino Unido, que se centrará en la situación de África y en los Objetivos de Desarrollo del Milenio; y es probable que, a fin de año, se lleve a cabo la reunión ministerial de la OMC en Hong Kong. Ante esta perspectiva, se formó inicialmente en el Reino Unido una coalición de organizaciones no gubernamentales, sindicatos, iglesias, etc., con el nombre de Campaña Mundial de Combate a la Pobreza.<sup>1</sup> Para la Campaña, que cuenta con la adhesión de muchos países, ya se ha planificado una serie de movilizaciones masivas que puedan atraer la atención mundial hacia la lucha contra la pobreza. Grandes empresas de comunicación, como la BBC, también empiezan a llamar la atención hacia estos esfuerzos.

En la esfera política, el presidente Lula, con el apoyo de varios jefes de Estado, tomó la iniciativa de empeñarse para crear las condiciones que posibiliten la concretización de los Objetivos del Milenio. Esto incluye mecanismos innovadores de financiación y una reforma seria en muchas de las principales organizaciones internacionales, en particular en las instituciones financieras y la Organización Mundial del Comercio.

Somos la primera generación que puede efectivamente erradicar la pobreza y ya no tenemos más pretextos. Usted puede organizar su propia campaña o adherir a las campañas nacionales que ya existen<sup>2</sup>. Sugerimos, por ejemplo, que intente analizar los avances de los Objetivos del Milenio en su país, dentro de un marco de derechos humanos, o asegurarse de que el próximo informe de su Gobierno sobre los ODM tenga en cuenta los derechos humanos; o bien, que emprenda un acto personal, firmando el manifiesto “Sin Excusas” de la Campaña del Milenio y escribiendo a su periódico local o a su representante político.

1. Global Call to Action against Poverty: <<http://www.whiteband.org>>. Consultado el 17 de enero de 2005.

2. Visite el sitio <<http://www.millenniumcampaign.org>>. En español, <<http://www.campanadelmilenio.org/>>. Consultados el 17 de enero de 2005.

FATEH AZZAM

Director del Programa de Estudios sobre Migraciones Forzadas y Refugiados, Universidad Americana en El Cairo, Egipto.

#### RESUMEN

Este artículo discute la implementación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio desde la perspectiva legal y de defensa de los derechos humanos. Se caracteriza la brecha que existe entre los abordajes que apuntan a los derechos humanos y los que se concentran, fundamentalmente, en las necesidades de desarrollo. Presenta una nueva interpretación en lo que concierne al litigio de interés público y al análisis presupuestario, que requiere una cooperación más estrecha entre los activistas de derechos humanos y las organizaciones de desarrollo. Además, defiende la adopción de estrategias que articulen la participación de la sociedad civil en las acciones del gobierno, incluidos los planes nacionales dirigidos a aspectos específicos de los Objetivos del Milenio – por ejemplo, la reducción de la pobreza –, en los que se atribuya un papel de liderazgo a los “consejos nacionales”. Finalmente, hace un apelo para la inclusión de los refugiados y de otros migrantes forzados, sectores que se encuentran entre los más marginados y a quienes, frecuentemente, se los excluye de estas preocupaciones. [Texto original en inglés.]

# LOS DERECHOS HUMANOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO\*

Fateh Azzam



El IV Coloquio Internacional de Derechos Humanos tuvo como tema de análisis el paradigma de los derechos humanos como concepto legal y la importancia de su papel en el cumplimiento de la Declaración y de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM),<sup>1</sup> en el momento en que se aproximaba la fase de evaluación intermedia de estos Objetivos. De acuerdo con lo que los organizadores del Coloquio observaron, el documento sobre los ODM hace ligeras referencias a los derechos humanos y al Estado de Derecho, pero no contiene mecanismos que garanticen a los ciudadanos la justiciabilidad de tales derechos y, en líneas generales, no adopta un lenguaje jurídico. Por el contrario, se elaboró como “un pacto entre naciones”, un documento de estructura amplia que utiliza indicadores económicos y demográficos como parámetros de progreso; un ejercicio numérico que se basa en las necesidades, por así decirlo; y una lista de intenciones sobre lo que es necesario realizar. Se presupone que en ello reside, con seguridad, la función de los gobiernos responsables por el bienestar de sus ciudadanos.

Sin embargo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en su visión general de los Objetivos, considera que su implementación exige la responsabilidad

\* Texto editado a partir de la conferencia realizada por el autor en el IV Coloquio Internacional de Derechos Humanos, realizado en São Paulo, Brasil, el 12 de octubre de 2004.

1. Véase la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/55/2, del 18 set. 2000.

2. "Millennium Development Goals: A compact among nations to end human poverty". UNDP, Human Development Report 2003. Disponible en <[http://www.undp.org/hdr2003/pdf/hdr03\\_overview.pdf](http://www.undp.org/hdr2003/pdf/hdr03_overview.pdf)>. Documento en español en <<http://hdr.undp.org/reports/global/2003/espanol/>>. Consultado el 31 de enero de 2005.

conjunta de las naciones, los ciudadanos y la comunidad internacional. Estimula atribuciones para que los movimientos sociales y la sociedad civil movilizadas presionen y exijan medidas de los gobiernos, aunque no provea los mecanismos necesarios para hacerlo.<sup>2</sup>

La práctica ha demostrado, a menudo, que la presión de la sociedad civil y las reivindicaciones enérgicas pueden tener éxito a pesar de la resistencia de los gobiernos. Lo cierto es que el propio estatuto de los derechos humanos debe mucho de su desarrollo y de su crecimiento a las organizaciones no gubernamentales. También desde esta óptica, los activistas de derechos humanos, los abogados y las organizaciones no gubernamentales tienen un papel que desempeñar a fin de dar impulso a los ODM. Sin embargo, es un papel por el cual deben luchar por sí mismos, y que requiere una visión más amplia que permita llegar más allá de los límites ya establecidos por los patrones del activismo. Deben poner a prueba su creatividad y reevaluar algunas de sus estrategias, incluidas las de litigio, para adecuarlas a tareas más específicas, además de buscar otras, más apropiadas y eficaces. Los Objetivos ofrecen una oportunidad y también un conjunto de propósitos, de cierta forma concretos, que pueden plantear desafíos a los activistas de derechos humanos para que intervengan en nuevas áreas de actuación.

### Caracterización de las brechas

La existencia de una controversia, o de una sensible fisura entre el lenguaje de los derechos humanos y el de los Objetivos de Desarrollo del Milenio es síntoma de una brecha mucho más amplia entre los enfoques basados en los derechos y los que se fundamentan en las necesidades del desarrollo. A pesar del compromiso en cuanto a la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, presentado originariamente y de manera formal en la Declaración de Viena y en el Programa de Acción de 1993,<sup>3</sup> de hecho pocas organizaciones de derechos humanos han articulado estrategias eficaces que defiendan y den empuje a los derechos económicos, sociales y culturales, además de presentar informes alternativos al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

3. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/Conf. 157/23 del 12 jul. 1999.



Existen, evidentemente, excepciones de iniciativas exitosas en materia de prácticas jurídicas; y las estrategias e intentos de llevar adelante acciones jurídicas que involucran los derechos humanos, sociales y culturales han aumentado sensiblemente.<sup>4</sup> De hecho, se han articulado varios programas interesantes en diversas regiones del mundo, en particular en Bangladesh, Filipinas, Nigeria y en algunos países de América Latina.<sup>5</sup> Sin embargo, en general, el compromiso con la indivisibilidad de los derechos permanece en el campo verbal. Comprometidos con las estrategias de las demandas judiciales directas en el trabajo con los derechos civiles y políticos, los abogados de derechos humanos han mostrado mayores dificultades al lidiar con los patrones menos rígidos y, posiblemente, menos claros de los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Por cierto, sería injusto caracterizar la división entre los abordajes basados en los derechos y en el desarrollo como una supuesta falta de interés o como una visión limitada por parte de los abogados. De la misma manera que los derechos son interdependientes e indivisibles, así también lo son los monumentales problemas del mundo en desarrollo, que se encuentran tan interconectados al punto de desorientarnos sin saber por dónde comenzar. ¿Es posible que los problemas del desarrollo deficiente se deban, sencillamente, a fallas de los liderazgos, a la corrupción y a la falta de acceso político de ciudadanos aislados del contexto mundial? ¿La democratización en la esfera nacional traería soluciones, o la redemocratización en la esfera internacional traería una distribución más equitativa de la riqueza mundial? ¿Sería el sistema económico mundial tan injusto y perverso que mantendría al Sur en un nivel inferior, o ello sería consecuencia exclusiva de la mala utilización nacional de los recursos disponibles en cada país o del predominio de conflictos bélicos? ¿Los derechos civiles y políticos promoverán el desarrollo sostenible, o la democratización será resultado de la mejora de las condiciones económicas y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales? ¿Qué está primero, el huevo o la gallina?

Un ejemplo de ello es mi región, en Oriente Medio y

4. Para una discusión más amplia de las estrategias adoptadas en diversas regiones del mundo, véase: International Human Rights Internship Program, "Ripple in Still Water: Reflections by Activists on Local and National-Level Work on Economic, Social and Cultural Rights". Washington: IIE-IHRIP, 1997. Para sugerencias y propuestas de estrategias, véase también "Circle of Rights". Washington: IIE-IHRIP, 2000.

5. Véase Willem Van Genugten y Camilo Pérez-Bustillo, *The Poverty of Rights: Human Rights and the Eradication of Poverty*. Londres/Nueva York: Zed Books, 2001.

África Septentrional, donde la mayoría de los países padece regímenes autoritarios y la casi total negación de los derechos políticos y económicos de los ciudadanos, debido, fundamentalmente, a la falta de participación democrática en los procesos de decisión de las políticas que nos afectan diariamente. Los regímenes autoritarios también señalan la relativa fragilidad de los sistemas jurídicos y la falta de independencia del poder judicial, lo que da como resultado, principalmente, un “derecho del Estado” en lugar de un “Estado de Derecho”. Si a ello se le suma un poco de corrupción en varios niveles, es sumamente difícil que el Estado y sus instituciones puedan lidiar de manera eficaz con los problemas de la pobreza, aun cuando en efecto lo quieran. Estos hechos han llevado a la mayoría de los activistas a priorizar los derechos civiles y políticos en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales, con la convicción de que sin democracia y respeto de los derechos políticos humanos, ampliamente definidos, no se puede alcanzar ningún otro derecho. De esta forma, hemos asistido en los últimos tiempos a una proliferación de reclamos por reformas políticas, económicas, jurídicas y otras, por una participación más amplia de los ciudadanos comunes en la toma de decisiones y en la elaboración de políticas y, en menor grado, por la descentralización. En nuestra región, la elite política local efectúa muchos de estos reclamos de reformas, incluidas las organizaciones de derechos humanos, y en la mayor parte de los casos permanecen circunscritos a ellas. Se repite la misma lógica del *statu quo*, que supone que una vez ocurrido el cambio en la cúpula, todo el resto vendrá a su debido tiempo.

### La búsqueda de estrategias creativas

Entonces, ¿de qué manera proseguir en la elaboración de estrategias de derechos humanos que puedan ser relevantes para los Objetivos del Milenio? Nuestros métodos usuales – documentación e informes, denuncia pública, asistencia judicial y las demandas en casos individuales –, ¿serán relevantes y eficaces en estas circunstancias? ¿Deberíamos intentar desarrollar nuevos enfoques, que se adecuen mejor al abordaje basado en las necesidades de los ODM y agregar

además una visión basada en los derechos? A continuación, presentaremos algunas reflexiones sobre algunas oportunidades que pueden utilizar los abogados y activistas de derechos humanos. Cada una de ellas, evidentemente, exigiría mayores reflexiones y planificaciones estratégicas para llegar a ser viables.

### *Litigio de interés público*

Los Objetivos de Desarrollo del Milenio no son compromisos legales ni individualizados y tampoco tienen mecanismos para su implementación, excepto una exigencia sucintamente especificada para que la Asamblea General evalúe el curso del proceso y para que el Secretario General de las Naciones Unidas “divulgue informes periódicos, de manera que la Asamblea General los considere, y sirvan de base para futuras acciones”.<sup>6</sup> Dichos informes son de naturaleza amplia, actúan más como planteos y estímulos a la comunidad internacional que como un conjunto de derechos. Sin embargo, tal vez sea posible, e incluso ventajoso, recurrir al litigio de interés público para lograr avances en la implementación de los Objetivos del Milenio.

En general, este tipo de litigio aparece bajo la forma de acciones colectivas y acciones contra el Estado y sus organismos, o contra ciudadanos y empresas, “en favor del interés público”. Sin embargo, no todos los países cuentan con un dispositivo legal para las acciones colectivas, y la ley de interés público en general es individualizada, o sea, basada en reivindicaciones de una persona específica contra el Estado, aunque los procesos judiciales particulares se puedan utilizar para establecer precedentes y así contestar o confirmar determinados principios o exigencias de interés público. Las acciones judiciales de interés público son siempre un asunto arriesgado, pues no se puede prever las decisiones de los tribunales, o esperar que siempre sean favorables a la percepción individual del “interés público”.<sup>7</sup>

Con las mencionadas advertencias en mente, aún podemos considerar que las acciones de interés público pueden representar una estrategia viable para realizar avances en cuanto a los Objetivos del Milenio. Sería interesante adoptar indicadores, ya que los ODM pueden ofrecer una

6. “Millennium Development Goals...” (op. cit., nota 2), parágrafo 31.

7. Para una visión más amplia de diversas estrategias jurídicas de interés público, véase Mary M. McClymont y Stephen Golub (eds.), *Many Roads to Justice: The Law Related Work of Ford Foundation Grantees around the World*. Nueva York: The Ford Foundation, 2000.

medida relativamente clara del desempeño de un Estado y, en particular, de la voluntad política de implementar, por lo menos, algunas de sus obligaciones en las esferas de los derechos sociales y económicos. Entre tanto, la dificultad radica en la definición de la naturaleza de las obligaciones del Estado en relación con sus ciudadanos más allá del marco, por lo general aceptado, de las realizaciones progresivas hasta el “máximo de recursos disponibles”. ¿Podrían los abogados de derechos humanos buscar obligaciones legales más claras y específicas, transfiriéndolas al Estado para que puedan formar la base del litigio de interés público?

Un enfoque posible tal vez sea la utilización del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados, que, aunque básicamente se centra en las relaciones entre Estados, dispone de un análisis útil e interesante que puede ser adaptado a nuestras necesidades. En este proyecto, la Comisión presentó un análisis de las obligaciones legales de los Estados según la ley de tratados. Dependiendo de la obligación en cuestión, la Comisión definió dos tipos interrelacionados: obligación de “resultado” (impone un deber de asegurar que un resultado específico se alcance); y obligación de “medios” o “conducta” (el deber legal de continuar actuando para lograr un resultado, independientemente de que este haya sido, o no, definitivamente alcanzado).<sup>8</sup> Sobre la base de este análisis, se puede decir que la naturaleza de la obligación de los Estados de implementar la mayoría de los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un compromiso de conducta. El Estado-Parte en el Pacto, con su Ejecutivo, sus Ministerios y otras instituciones y organismos, debería demostrar que se utilizan todos los medios posibles dentro del “máximo de recursos disponibles”, hasta que se pueda comprobar que existe un progreso en la implementación de los derechos definidos en el Pacto.

Los Objetivos del Milenio ofrecen niveles intermedios y de largo plazo que contribuyen a la evaluación de este progreso. Por ejemplo, si se efectúa un análisis comparativo sobre el número de niños que cursan la enseñanza primaria (Objetivo 2) o del número de niñas en los ciclos de enseñanza primaria y secundaria (Objetivo 3) en el año 2000, en relación

8. Artículos 20 e 21 de “Draft Articles on State Responsibility”. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. 11, Parte 1, 1977.

con las matrículas de los años 2005 y 2010, tendremos un indicador para evaluar si el empeño del Estado ha sido efectivo para cumplir, al menos parcialmente, los Objetivos, y si está obteniendo éxito o por lo menos logrando algunos resultados. La utilización del concepto de “obligación estatal” puede fortalecer los argumentos legales relativos al alcance progresivo de los derechos económicos y sociales sobre la base de los parámetros definidos por los Objetivos a los que un Estado está comprometido en virtud de su vínculo con las Naciones Unidas.

### Análisis presupuestario

Otra estrategia desarrollada en algunas regiones se refiere al uso del análisis presupuestario como una herramienta capaz de medir el compromiso del Estado con los derechos económicos, sociales y culturales, en general, que ciertamente puede ser útil para implementar los Objetivos del Milenio.<sup>9</sup> El destino anual de las partidas presupuestarias del Estado ofrece excelentes indicadores de su compromiso con el progreso en diversas áreas, especialmente cuando se las compara con los dispendios militares. En el año 2000, Oxfam presentó un ejemplo impresionante, al estimar que solo se deberían sumar 8.000 millones de dólares anuales al presupuesto actual para lograr la universalización de la educación básica, una cifra que equivale aproximadamente a los gastos del presupuesto militar mundial en cuatro días.<sup>10</sup>

Remitiéndonos una vez más a las referencias de los Objetivos del Milenio, un estudio de los destinos de los presupuestos estatales en las áreas de salud, educación y reactivación económica nos proveería indicadores de los intentos realizados por los Estados para alcanzar los Objetivos. Se admite que es difícil establecer un juicio definitivo sobre el éxito o fracaso de las estrategias estatales específicas mediante un simple análisis de los fondos destinados a cada programa. Invertir dinero en un problema no significa, en principio, resolverlo, y si el presupuesto estatal para educación o salud ha sido duplicado, ello no significa que el índice de mortalidad infantil se reduzca automáticamente a la mitad. Sin embargo, combinar la revisión de estrategias y sus efectos intermedios con el

9. Véase Maria Socorro Diokno, *A Rights-Based Approach to Budget Analysis*. Washington: Institute for International Education/International Human Rights Internship Program, 2000.

10. “Education-Africa: Calls for Global Campaign to Abolish Primary School Fees”. Inter Press Service, 6 dic. 2000. Disponible en <<http://www.aegis.com/news/ips/2000/IP001209.html>>. Consultado el 31 de enero de 2005. Véase también, el interesante cuadro presentado en “Duties sans frontières: Human Rights and Global Social Justice”. Ginebra: International Council on Human Rights Policy, 2003, p. 5. Disponible en <<http://www.ichrp.org/ac/excerpts/137.pdf>>. Consultado el 31 de enero de 2005.

acompañamiento del presupuesto contribuye para evaluar los esfuerzos realizados e indicar si hay una evolución de esas áreas en el ámbito de los ODM.

Debemos observar que los procedimientos para el análisis presupuestario varían mucho, algunos son elementares, otros sumamente complejos. Cuanto más complejo es el proceso, mayor es la capacitación necesaria para su implementación. No es preciso decir que esta capacitación, en general, no suele ser parte de la formación de los activistas de derechos humanos, ya que pertenecen a la órbita del trabajo de economistas, demógrafos y estadísticos. Cuando se requiere el análisis presupuestario en áreas específicas, como salud o educación, son los especialistas quienes estarán capacitados para examinar los datos. En ese momento, es esencial que los activistas de derechos humanos involucrados en la implementación de los Objetivos hagan alianzas con especialistas en desarrollo y servicios.

### **Construir puentes con organizaciones de desarrollo**

El hecho de que los activistas y las organizaciones de derechos humanos no sean especialistas en todos estos campos explica, de alguna manera, que haya tan pocos trabajos que traten sobre derechos económicos, sociales y culturales, en relación con los estudios jurídicos sobre el análisis y las finalidades de los derechos humanos. Educadores, organizaciones de desarrollo, prestadores de servicios médicos y analistas sociales, de manera general, tienen la capacidad necesaria para analizar los datos en sus respectivas áreas de trabajo, y es por eso que se debe intentar construir puentes y alianzas entre ellos y los abogados de derechos humanos. Los activistas dedicados a los derechos humanos y los que están fuera de esta área específica deben apoyar recíprocamente sus acciones por medio del intercambio mutuo de un abordaje basado en derechos con los datos y conocimientos necesarios para evaluar los avances, fortalecer los argumentos legales y conducir la defensa de los derechos humanos a partir del conocimiento claro y especializado de la situación real del sector.

Me apresuro a agregar que ha habido intentos de unir el paradigma de los derechos humanos y el del desarrollo.

Algunas entidades de desarrollo y atención social ya han realizado dicha unión, con un uso progresivo del lenguaje de los derechos. Por ejemplo, organizaciones dedicadas a la promoción de las mujeres han adquirido nueva vida con la promulgación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La Convención les proporcionó un conjunto claro de patrones y niveles mínimos que inmediatamente se pusieron en práctica en todos los trabajos, desde las actividades de generación de ingresos para las mujeres hasta la educación y las campañas contra la violencia doméstica y por la participación política. De manera semejante, las ONG de atención social no tardaron en apropiarse de los dispositivos de la Convención sobre los Derechos del Niño, y al utilizarlos se constató la proliferación de programas educativos sobre derechos del niño y nuevos reclamos de fondos para la educación y la asistencia infantil.

También es posible construir puentes en el contexto de la estrategia de las acciones de interés público y de su impacto. Los activistas de derechos humanos pueden considerar a las organizaciones que prestan servicios sociales como clientes para trabajar juntos en la realización de uno o más de los Objetivos del Milenio, o colaborar con esas organizaciones de forma más genérica, adhiriendo a las estrategias legales y otros tipos de actuación en una búsqueda por cambios concretos. Además, los funcionarios de estas organizaciones se pueden entrenar para actuar como paralegales, con participación más directa en las estrategias judiciales y en la prestación de servicios jurídicos y asesoría a sus clientes, identificando, eventualmente, los procesos que establezcan precedentes para casos semejantes y abriendo el camino para nuevas ideas y abordajes para el trabajo jurídico de interés público.

En suma, el activismo en derechos humanos tendría mucho que ganar al establecer una relación más próxima entre abogados y especialistas de áreas como salud, educación, desarrollo, etcétera. La especialización en ciencias sociales, combinada con los conocimientos sobre derechos humanos y la aplicación de los Objetivos del Milenio como criterio y patrón de comparación, permitiría presionar al Estado de modo eficaz, dentro del sistema jurídico, a fin de promover cambios y poner en práctica los Objetivos.

Es importante observar que la implementación de los Objetivos del Milenio puede sumar fuerza y argumentos significativos a las actividades en curso, de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los informes alternativos preparados por las organizaciones de derechos humanos para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cobran fuerza cuando existe cooperación entre las organizaciones de desarrollo y otras organizaciones relevantes en esta área. Ya hemos observado el claro impacto de los informes sobre el Índice de Desarrollo Humano y como los significativos datos e informaciones que proveen han ayudado a los activistas en sus demandas públicas y privadas por cambios.

### *Planes nacionales de acción*

En varios países se están adoptando “planes nacionales de acción” en relación con varios temas: niños, mujeres, derechos humanos, etc. Esta estrategia compromete al Estado y a sus ciudadanos con una serie de medidas en el ámbito nacional para perfeccionar el desempeño y promover las mejoras necesarias en la calidad de vida, con vistas a alcanzar las metas de estos planes. Se trata de una estrategia especialmente viable y reconocida, en la que el plan nacional ha sido estructurado como resultado de un amplio proceso consultivo, que involucra al gobierno, a la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, académicos y, algunas veces, organismos internacionales como las agencias intergubernamentales de las Naciones Unidas. Por definición, los Objetivos del Milenio son de largo plazo y requieren un esfuerzo de carácter plurianual y pluripartidario, sujeto a evaluaciones y revisiones constantes. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) reitera: “La apropiación a nivel nacional – por parte de los gobiernos y las comunidades – es fundamental para conseguir cumplir con los Objetivos de Desarrollo del Milenio. De hecho, estos pueden fomentar el debate democrático, por lo que es más probable que los dirigentes emprendan las acciones necesarias para lograr los objetivos si existe presión por parte de los ciudadanos comprometidos”.<sup>11</sup>

De esta forma, un plan de acción nacional debe ser el

11. Véase “Millennium Development Goals...” (op. cit., nota 2), p. 1.



mecanismo para poner en práctica los Objetivos del Milenio. Al trabajar con organizaciones de la sociedad civil, incluidas las de desarrollo y servicio social, y también con los organismos gubernamentales, las organizaciones de derechos humanos pueden ejercer un liderazgo jurídico para articular un plan nacional que se destine a promover la implementación concreta de dichos objetivos.

Se han incrementado las acciones de los llamados “planes y estrategias para la reducción de la pobreza”, cuyos objetivos son desarrollar planes nacionales coherentes para la reducción de la pobreza y, por consecuencia, implementar los Objetivos del Milenio. Asimismo, los países donantes y las instituciones financieras internacionales exigen, cada vez más, que los gobiernos y Estados ejecuten estos planes como condición previa para la ayuda al desarrollo. Sin embargo, surgen polémicas alrededor del comercio internacional y el proteccionismo de mercado ejercido por los países desarrollados, de las políticas de instituciones financieras internacionales, de las exigencias de privatización y reformas estructurales, así como de las políticas arancelarias. Todo esto tiene un efecto directo y a menudo nocivo con relación a la pobreza mundial. En ese sentido, el PNUD señala a las políticas de las naciones desarrolladas como incitadoras, o causantes directas, de la pobreza y aclara que, si se implementan los ODM, será necesaria una cooperación a nivel mundial para evaluar tales políticas.<sup>12</sup>

La forma de llevar adelante los planes y estrategias para la reducción de la pobreza es tan importante para la eficacia y la legitimidad potenciales de un plan nacional de acción, como la existencia misma de ese tipo de programa. Existe consenso en cuanto al hecho de que las perspectivas de éxito son mayores cuando el plan se elabora en conjunto, de manera participativa y como resultado de un esfuerzo nacional de colaboración que involucra a todos los sectores de la sociedad. Un esfuerzo nacional unificado y coherente en ese sentido eliminaría diversas lagunas, y ampliaría la cooperación entre las organizaciones de derechos humanos y las de desarrollo, y entre ellas y el gobierno. Ese empeño ayudaría, inclusive, a suavizar las líneas de fisuras, que generalmente son resultado de conflictos sobre derechos civiles y políticos, entre los Estados autoritarios y los activistas de derechos humanos. Los activistas

12. Ídem, pp. 11-13, para la visión del PNUD sobre el papel de la deuda, de los recursos y de otras políticas internacionales que afectan a la implementación de los ODM.

de derechos humanos pueden encontrar una causa común con sus gobiernos y ayudar, por medio de un plan nacional, a fortalecer los esfuerzos oficiales para tener voz y negociar un espacio en el orden económico internacional.

Además, es importante que los activistas de derechos humanos se aseguren de que los planes nacionales (de reducción de la pobreza o de implementación de los ODM) sean de su incumbencia y estén de hecho fundamentados en garantías de contenidos mínimos, según las leyes internacionales de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y de otros frentes. Ya se han realizado algunos trabajos importantes en este sentido, que pueden ser útiles. Por ejemplo, es posible obtener clarificaciones ante la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, que en 2002 patrocinó una amplia y detallada discusión sobre un conjunto de proyectos de directrices para la reducción de la pobreza con un enfoque de derechos humanos. Estos proyectos de directrices incluyen, *inter alia*, definiciones, exigencias y criterios para acciones en derechos humanos en el área de los derechos económicos, sociales y culturales, así como debates sobre el ámbito de cada uno de estos derechos y, finalmente, importantes cuestiones relativas a los mecanismos de control y responsabilidad en cuanto al rendimiento de cuentas.<sup>13</sup> Una buena fuente es, también, el trabajo completo y excelente que está realizando la Coalición Internacional para el Hábitat sobre derecho y vivienda y, de forma más amplia, sobre derechos económicos, sociales y culturales.<sup>14</sup>

### *Consejos nacionales*

Con o sin planes nacionales de acción, algunos Estados han adoptado formas alternativas de actuación en determinadas áreas, o alrededor de temas específicos. Egipto, por ejemplo, cuenta con un Consejo Nacional para la Infancia y la Maternidad, organismo semioficial que tiene como responsabilidad primordial promover el bienestar de las familias y los niños. Recientemente, hubo una intensa cooperación entre este consejo y organizaciones de derechos del niño que sumaron la dimensión de derechos humanos a su actuación, y también con otras organizaciones de la

13. Véase "Poverty Reduction Strategies", documento del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Ginebra, 2002. Disponible en <<http://www.unhchr.ch/development/povertyfinal.html>>. Consultado el 31 de enero de 2005.

14. Véase especialmente la minuta del documento: "Holding Donors Accountable: An interactive training program for Southern NGOs and grassroots organizations", así como otros instrumentos y metodologías sobre vivienda y otros derechos económicos y sociales, en *Habitat International Coalition, Housing and Land Rights Network – Middle East and North Africa*. Disponible en <<http://www.hic-mena.org>>. Consultado el 31 de enero de 2005.

sociedad civil e instituciones intergubernamentales como el PNUD, el UNICEF y el ACNUR. Cabe destacar asimismo la actividad del Consejo Nacional de la Mujer, que enfatiza en su agenda los derechos de las mujeres establecidos en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y que está abierto para recibir reclamos, y brindar asistencia jurídica y orientación para obtener reparaciones por daños.

Estos organismos, incluidos los comités nacionales de derechos humanos, en los lugares donde existen, pueden desempeñar un papel de liderazgo y aglutinar los esfuerzos de la sociedad para mejorar la calidad de vida de sus grupos beneficiarios. En Egipto, por ejemplo, estos organismos pueden, perfectamente, asumir las propuestas de los Objetivos del Milenio referidas a la educación y la situación de las niñas y mujeres. En su carácter semioficial, puede incentivar y articular la cooperación entre el gobierno y la sociedad civil, en el sentido de implementar los planes nacionales de acción y evaluar los avances, aun cuando no exista un plan nacional.

Sin embargo, se debe ejercer alguna presión para que tales acciones se produzcan, sobre todo porque aún no se ha evaluado de forma cabal la eficacia de estos comités nacionales. Los activistas de derechos humanos desempeñan un importante papel como catalizadores e instigadores, y actúan, por lo general, como centinelas del trabajo de los comités nacionales.

### **Una nota sobre los refugiados y otros migrantes forzados**

Los refugiados y otros migrantes forzados constituyen una categoría olvidada en nuestros conceptos de derechos humanos y, frecuentemente, los relegamos al régimen jurídico de refugiados y exiliados, que los excluye del terreno jurídico de los derechos humanos, más amplio y más completo. Según datos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en el año 2003 había 17,1 millones de personas bajo su amparo, entre refugiados y desplazados internos.<sup>15</sup> Más de 66% de los refugiados mundiales se encontraban en los países en desarrollo y la mitad de estos en los 49 países menos

15. "Global Refugee Trends". Ginebra: UNHCR, jun. 2004, p. 1.

16. Core Group on Durable Solutions, "Framework for Durable Solutions for Refugees and Persons of Concern". Ginebra: UNHCR, mayo 2003, p. 9.

desarrollados.<sup>16</sup> Estos porcentajes subirían sensiblemente si se consideraran a los trabajadores migrantes, los trabajadores domésticos, los llamados "migrantes irregulares" y las víctimas del tráfico de personas.

El empeño por implementar los Objetivos del Milenio, que apunta fundamentalmente a los más pobres de los pobres en todo el mundo, debe incluir a estos sectores excluidos, debido a las dificultades específicas que enfrentan, como la falta de acceso a ciertos privilegios concedidos únicamente a los que gozan del status de ciudadanos. Al reflexionar sobre la universalidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y dado que la mayoría de ellos no se aplica solamente a los ciudadanos, sino también a todos los que viven dentro de la jurisdicción de un Estado, los activistas de derechos humanos deben intentar asegurar la inclusión de los refugiados y otros migrantes forzados. Permitir que los migrantes forzados sean excluidos de las estadísticas o de los esfuerzos nacionales y mundiales para promover e implementar los Objetivos del Milenio sería lo mismo que crear una mera ilusión de progreso. Además, esta inclusión puede contribuir, en gran medida, para mejorar sus condiciones y las principales causas de su privación y del desplazamiento forzado, en las esferas política, económica y de seguridad.

## Conclusión

Las diversas estrategias y modalidades de acción sugeridas anteriormente son reflexiones preliminares sobre el papel de los derechos humanos en la implementación de los ODM. Los activistas de derechos humanos, abogados y organizaciones tienen, potencialmente, un importante papel como catalizadores, al estimular las acciones que tienen a los Objetivos del Milenio como referencia y criterio, reuniendo distintos actores sociales sobre la base de los derechos humanos. Con los derechos humanos como foco central del "interés público", los activistas pueden analizar las políticas presupuestarias y tener incumbencia en cuestiones legales, a fin de controlar la obligación estatal de utilizar todos los medios dentro de los recursos disponibles para poner en práctica los ODM y los derechos económicos

y sociales de manera más amplia. La clara interdependencia de los derechos es un triunfo importantísimo para estos activistas, y su participación dinámica para accionar los Objetivos del Milenio sería beneficiosa para el desarrollo de nuevas estrategias que apunten a la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, así como para realimentar sus trabajos en el campo de los derechos civiles y políticos.

Los Objetivos del Milenio también ofrecen a los activistas de derechos humanos oportunidades para encontrar una causa común con sus gobiernos en la confrontación con poderosas fuerzas económicas y políticas mundiales. Incluso donde los gobiernos están menos dispuestos a adoptar estrategias de colaboración, los esfuerzos de cooperación de los activistas con otros actores de la sociedad civil, local, nacional y mundial, pueden generar nuevas estrategias y provocar una significativa presión en las esferas local y nacional, para aminorar las condiciones de pobreza.

Para realizar todo lo expuesto, se debe adoptar una visión más amplia y estrategias inclusivas, con la perspectiva de integrar derechos y actores en todas las esferas.

RICHARD PIERRE CLAUDE

Profesor emérito de la Universidad de Maryland, Estados Unidos. Editor fundador de *Human Rights Quarterly*. Autor de *Science in the Service of Human Rights*, Universidad de Pensilvania, 2002.

#### RESUMEN

El artículo recapitula los debates de los autores de la Declaración Universal de Derechos Humanos referidos al derecho a la educación. Discute las propuestas iniciales y presenta ejemplos de programas contemporáneos de educación para los derechos humanos, proyectados para alcanzar cada una de aquellas propuestas específicas. [Texto original en inglés.]

## DERECHO A LA EDUCACIÓN Y EDUCACIÓN PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Richard Pierre Claude



La educación es valiosa por ser la herramienta más eficiente para el crecimiento personal. Y cobra status de derecho humano, pues es parte integrante de la dignidad humana y contribuye a ampliarla con conocimiento, saber y discernimiento. Además, por el tipo de instrumento que constituye, se trata de un derecho de múltiples facetas: social, económica y cultural. Un derecho social porque, en el contexto de la comunidad, promueve el pleno desarrollo de la personalidad humana. Un derecho económico, pues favorece la autosuficiencia económica por medio del empleo o del trabajo autónomo. Y es un derecho cultural, ya que la comunidad internacional orientó la educación en el sentido de construir una cultura universal de derechos humanos. En suma, la educación es el prerequisite fundamental para que el individuo actúe plenamente como ser humano en la sociedad moderna.

Al postular la educación como un derecho, los autores de la Declaración Universal de Derechos Humanos se basaron, axiomáticamente, en la noción de que la educación no es neutra con relación a los valores. Con este espíritu, el Artículo 26 establece una serie de metas educacionales, analizadas aquí en forma conjunta con la discusión que enfoca la educación para los derechos humanos a la luz de este Artículo.

La Educación para los Derechos Humanos es una estrategia de largo plazo que apunta a las necesidades de las generaciones futuras. Esta educación para el futuro difícilmente contará con el apoyo de los impacientes y de los provincianos, pero es esencial elaborar programas educacionales innovadores a fin de fomentar el desarrollo humano, la paz, la democracia y el respeto del Estado de Derecho. Reflejando estas aspiraciones, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 49/184, que instituyó el Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la esfera de los Derechos Humanos (1995-2004). Al hacer esto, la comunidad internacional identificó a la educación para los derechos humanos como una estrategia única para el “desarrollo de una cultura universal de los derechos humanos”.

### **El derecho a la educación en la Declaración Universal de Derechos Humanos**

Al final de la Segunda Guerra Mundial el mundo estaba en ruinas, lacerado por la violencia internacional, de Polonia a Filipinas, de la tundra a los trópicos. La discusión sobre la importancia de la educación como factor indispensable para la reconstrucción de posguerra emergió en los primeros trabajos de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Este órgano fue creado en 1946 por el Consejo Económico, Social y Cultural de la entidad, para elaborar recomendaciones que promoviesen el respeto y la observancia de los derechos humanos, partiendo de la teoría no comprobada de que los regímenes que respetan los derechos humanos no entran en guerras con otros regímenes similares.

Así, para instaurar la paz en el mundo, los miembros de la Comisión iniciaron los trabajos en 1947, y eligieron a Eleanor Roosevelt para presidirla. Según el relator, doctor Charles Malik, del Líbano, desde un principio todos los integrantes de la Comisión sabían que la tarea de elaborar una declaración de derechos humanos era, en sí, toda una empresa educativa. Según él: “Es necesario elaborar una declaración general de los derechos humanos definiendo en términos sucintos los derechos y las libertades fundamentales de [todos] que, según la Carta, la Organización de las



Naciones Unidas debe promover. [...] Este respetable anuncio de los derechos fundamentales ejercerá una poderosa influencia doctrinaria, moral y educativa en las mentes y en el comportamiento de las personas de todo el mundo”.<sup>1</sup> La afirmación de Malik reflejaba el Preámbulo de la Declaración Universal, que proclama el instrumento como el “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades [...]”. Este programa global enteramente nuevo, “de abajo para arriba”, destinado a educar a las personas en relación a sus derechos humanos, representó un desafío para las estrategias “de arriba para abajo” usuales en la diplomacia tradicional, en las manipulaciones en el cuadro del equilibrio de fuerzas y en la *Realpolitik*, estrategias que no habían sido suficientes para evitar la calamidad de dos guerras mundiales.

1. Charles Malik, *These Rights and Freedoms*. Naciones Unidas: Department of Public Information, 1950, pp. 4-5.

### *La formulación del derecho a la educación*

La Declaración Universal muestra que sus idealizadores notaron cómo la educación no es neutra en materia de valores. En el esbozo del documento, los soviéticos – más sensibles a las ideologías – fueron los primeros en plantear esta cuestión. Alexandr Pavlov, de la Unión Soviética, argumentó que “la educación de jóvenes dentro de un espíritu de odio e intolerancia”<sup>2</sup> había sido uno de los factores fundamentales en el crecimiento del fascismo y del nazismo. Así, en su redacción final, el Artículo 26 incorporó el punto de vista de Pavlov referido al hecho de que la educación tiene objetivos políticos inevitables, pero ignoró sus conceptos ideológicamente rígidos, reemplazándolos por distintas metas positivas. Por eso, el Artículo 26, en su sección más controvertida, determina que el derecho a la educación debe estar vinculado a tres objetivos específicos: (1) el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; (2) favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y (3) promover el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

2. E/CN.4/SR.67, Comisión sobre los Derechos Humanos, Tercera Sesión. Informe sumario de la 69ª Asamblea (Lake Success), 11 jun. 1948, p. 13.

## ■ El primer objetivo

Aunque sea abstracta, esta interesante noción de desarrollo pleno de la personalidad es importante por constituir un hilo temático que recorre toda la Declaración Universal de Derechos Humanos. Su significado en la consolidación de un concepto holístico de la naturaleza humana – de seres esencialmente libres, social y potencialmente instruidos y capaces de participar en la toma de decisiones fundamentales – está amparado por su reiteración en distintos puntos:

- El Artículo 22 dice que toda persona tiene derechos sociales, económicos y culturales “indispensables [...] al libre desarrollo de su personalidad”.
- El Artículo 26 consagra un derecho a la educación y afirma: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana”.
- El Artículo 29 reafirma la visión holística de los derechos humanos al establecer: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

La redacción que vincula estos dispositivos en términos de “pleno desarrollo” ilustra la naturaleza orgánica de la Declaración, en la cual distintos derechos emanan de la creencia en la igualdad de todas las personas y en la unidad de todos los derechos humanos. Reiterado muchas veces, el derecho “al pleno desarrollo de la personalidad humana” fue visto por la mayoría de los autores como un derecho reforzado por la comunidad y por la interacción social. Este derecho articuló y sintetizó todos los derechos sociales, económicos y culturales de la Declaración. Dado el objetivo de pleno desarrollo de la personalidad humana en el contexto de la sociedad – el único contexto en que se puede dar –, se concluye que el derecho a la educación es un derecho social, un bien social y una responsabilidad de la sociedad como un todo.

Los latinoamericanos desempeñaron un papel de liderazgo en la concepción del derecho a la educación. El brasileño Belarmino Austregésilo de Athayde hizo una declaración fundamental sobre la importancia de la educación basada en valores, y fue el primero en sostener que la

educación ofrece al individuo los recursos “para desarrollar su personalidad, que constituye el objetivo de la vida humana y el fundamento más sólido de la sociedad”.<sup>3</sup> Una propuesta argentina le imprimió sustancia a esas abstracciones, reproduciendo el Artículo 12 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La Declaración de Bogotá, con sólo un año de vida, decía: “Toda persona tiene derecho a la educación [...] que se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad”.<sup>4</sup> Solicitando más precisión, Eleanor Roosevelt pidió cautela en el lenguaje, que podría sobrecargar el derecho a la educación. Con este espíritu, los elaboradores optaron por una redacción más sencilla: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana”.<sup>5</sup>

La expresión “pleno desarrollo” procuraba contemplar tanto el derecho a la educación como la educación para los derechos humanos, para asegurar el desarrollo de las habilidades personales de cada uno y garantizar a cada uno una vida digna. Esto es lo que se puede desprender de la lectura atenta de la expresión “pleno desarrollo de la personalidad humana”, seguida inmediatamente, sin ni siquiera una coma, por la frase: “y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”. Adoptando un abordaje estándar de la construcción jurídica de la frase, se puede concluir que la unión de los dos componentes fue deliberada y significativa, especialmente si consideramos la determinación de Eleanor Roosevelt de que el texto fuera conciso.

La lógica de las dos ideas combinadas expresa que, al promover el pleno desarrollo de la personalidad humana, y la dignidad que esto conlleva, la educación también promueve los derechos humanos. Y para este pleno desarrollo la educación para la dignidad debe tener presente la lista completa de los derechos humanos: derechos personales como la privacidad; derechos políticos, como la participación, como también la búsqueda y la divulgación de información; derechos civiles, como la igualdad y la ausencia de discriminación; derechos económicos, como un nivel de vida digno; y el derecho a participar de la vida cultural de la comunidad. Este análisis se anticipa a la visión defendida por el brasileño Paulo Freire en su libro *Pedagogía del oprimido*.<sup>6</sup>

3. Registro Oficial de la Tercera Sesión de la Asamblea General, Parte I, “Social Humanitarian and Cultural Questions”, 3° Comité, Registro Sumario de la Asamblea, 21 set.-8 dic. 1948, relatando la 147ª Asamblea de la Comisión realizada en el Palais de Chaillot, París, 19 nov. 1948, p. 597.

4. Enmienda argentina (A/C.3/251).

5. Enmienda cubana (A/C.3/261).

6. Paulo Freire, *Pedagogy of the Oppressed*. Nueva York: Seabury Press, 1973.

Freire (1973) resalta las conexiones entre la educación del pueblo y la autorrealización, como resultado del aprendizaje y del ejercicio de los derechos humanos.

### ■ El segundo objetivo

El Artículo 26 requiere que la educación “favorezca la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos [...]”. Esta idea fue inicialmente formulada de otro modo. El profesor René Cassin, un prestigioso delegado francés y vicepresidente de la Comisión de Derechos Humanos, reunió el apoyo necesario para declarar que uno de los objetivos de la educación debería incluir “el combate a la intolerancia y al odio contra otras naciones y contra grupos raciales y religiosos de cualquier lugar”.<sup>7</sup> Pero, otra vez, las delegaciones latinoamericanas tuvieron la última palabra, mostrando la fuerza de su votación, al apoyar la posición de Campos Ortiz, de México, para quien los objetivos educacionales deberían estructurarse en términos positivos, sin incluir preceptos negativos como “combatir el odio”. Fue convincente al decir que el Artículo 26 debería vincular el derecho a la educación al objetivo positivo de “favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos [...]”.<sup>8</sup>

7. Registro Oficial de la Tercera Sesión de la Asamblea General, op. cit., p. 587.

8. Id., p. 584.

### ■ El tercer objetivo

El Artículo 26 dice que la educación debe apoyar “las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”. En las consideraciones finales de la Declaración ante la Asamblea General, el delegado mexicano afirmó que el derecho a la educación debía estar ligado a los objetivos pacíficos de las actividades de la ONU. El Sr. Watt, de Australia, contestó de inmediato e insistió en el apoyo a una referencia más amplia a todos los “propósitos y principios de las Naciones Unidas”.<sup>9</sup> De nuevo, Eleanor Roosevelt manifestó su desagrado por cualquier formulación poco concisa y sin especificidad, y por eso apoyó la propuesta de México, que era más sencilla. Esta consideraba que, en los objetivos educacionales, las actividades de la ONU para el

9. Id., p. 594.

mantenimiento de la paz deberían ser reconocidas como “el principal objetivo”<sup>10</sup> de aquel organismo. Fieles al modelo, otras voces latinoamericanas se asociaron en apoyo a la iniciativa mexicana. Carrera Andrade, de Ecuador, concluyó con lirismo que, cuando la juventud mundial incorporase los “principios que orientaban a las Naciones Unidas, el futuro [prometería] [...] más esperanza para que todas las naciones vivan en paz”.<sup>11</sup>

10. Id., *ibid.*

11. Id., p. 589.

Finalmente, se adoptó la referencia a las actividades pacíficas de la ONU y se suprimieron todas las disidencias de la versión final del Artículo 26, que conquistó la unanimidad de 36 votos, con dos abstenciones. Como resultado, el Artículo 26, con tres puntos separados, ahora dice lo siguiente:

*1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.*

*2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.*

*3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.*

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General adoptó y proclamó solemnemente la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este órgano demostró tener conciencia de que tal documento produciría pocos efectos prácticos, a menos que todos los pueblos tomaran conocimiento del mismo y se percataran de su significado para todo ser humano. Por este motivo, la Asamblea también aprobó la Resolución 217, que insistía en la divulgación más amplia posible de la Declaración

e invitaba al Secretario General, así como también a las agencias especializadas de la ONU y organizaciones no gubernamentales a no ahorrar esfuerzos para que sus miembros dieran relevancia al documento. Uno de los resultados es que, actualmente, la Declaración Universal puede ser leída en 300 idiomas en el portal de la Organización de las Naciones Unidas: <<http://www.unhcr.ch/udhr/index.htm>>.

Como hemos visto, las directrices educacionales del Artículo 26 apuntan a tres objetivos distintos. El uso de esta estructura tripartita permite vislumbrar ejemplos actuales de la educación para los derechos humanos volcada a cada uno de los tres objetivos.

### La educación para los derechos humanos hoy

De acuerdo con Katarina Tomaševski, relatora especial de la ONU sobre Derecho a la Educación, en todo el mundo la educación involucra más personas que cualquier otra actividad institucionalizada. En su informe de 2002 para la Comisión de Derechos Humanos afirmó que, aunque el compromiso con la educación institucionalizada esté presente en todo el mundo, en todos los lugares este se refiere al “*hardware*, en detrimento del *software*”.<sup>12</sup> En estos términos, ella “lamenta el [...] desequilibrio entre la estructura institucional formal y los contenidos escolares, de un lado, y la esencia de la enseñanza y del aprendizaje orientado por valores, de otro. [...] este desequilibrio [se manifiesta en] disputas encarnizadas e interminables sobre la orientación y el contenido de la enseñanza”.

Aunque hace 50 años que se definió internacionalmente la obligación de países, escuelas y cada uno de nosotros de promover los derechos humanos por medio de la educación, es reciente su aceptación en gran escala. Entre las diversas razones para que esto ocurra tal vez la más importante sea la del fin de la guerra fría, que hizo que el anuncio del Decenio de los Derechos Humanos para la Educación de la ONU se tornara más realista que antes. Fue entonces que ese organismo pasó a intervenir en las “encarnizadas disputas” citadas por Tomaševski, al requerir la incorporación de contenidos relativos a los derechos humanos en la orientación de la educación y en el material empleado en las aulas.

12. Informe Anual de la relatora especial sobre Derecho a la Educación, Katarina Tomaševski, presentado de acuerdo con la Resolución 2001/29 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo 46, E/CN.4/2002/60.

En 1993, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, realizada en Viena, pidió que la ONU actuara para acelerar la promoción de estos derechos. Un resultado importante fue que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas declaró el período de 1995 a 2004 como el Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la esfera de los Derechos Humanos, estableciendo como objetivo “el pleno desarrollo de la personalidad humana en un espíritu de paz, comprensión mutua y respeto por la democracia y por las leyes”. La resolución dice que debería introducirse esta enseñanza en todos los niveles de la educación formal (sistema escolar oficial) y adoptarla en la educación informal (llamada “educación popular”, como la promovida por las organizaciones no gubernamentales). La resolución también se refiere a cuestiones metodológicas, valorizando métodos de enseñanza interactivos, participativos y culturalmente relevantes.<sup>13</sup>

Hay variados ejemplos de programas que incorporan estos objetivos y métodos. Vale la pena asociar los recientes programas de Educación para los Derechos Humanos a cada uno de los objetivos presentes en el Artículo 26 de la Declaración: (1) el pleno desarrollo personal; (2) el favorecimiento de la tolerancia; y (3) el progreso en los objetivos de paz de la ONU. Los ejemplos resumidos a seguir provienen tanto de la educación formal como de la informal, de distintos grupos que se ocupan de públicos especializados.

Se seleccionaron estos ejemplos para ilustrar cómo los proyectos de educación para los derechos humanos, a pesar de que se concibieron recientemente, ya tienen un alcance tan amplio. El “*software*” es muy diversificado. Así, por ejemplo, algunos proyectos son de corto plazo y otros reflejan compromisos educacionales de largo plazo. Algunos están destinados al esclarecimiento de valores y al desarrollo cognitivo. Otros se concentran en habilidades analíticas y resolución de problemas, mientras que hay otros que se detienen en el cambio de actitud y comportamiento. Algunos se insertan en programas de educación formal y otros, en programas de educación popular. Todos ponen de relieve uno o más de los objetivos educacionales especificados en el Artículo 26 de la Declaración Universal.

13. Resolución 49/184 de la Asamblea General de la ONU.

*Pleno desarrollo personal y respeto  
por los derechos humanos*

■ Educación popular sobre derechos del niño en Nepal

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1989 y en poco tiempo entró en vigencia como tratado internacional. Los Estados-miembros tienen la obligación de divulgar ampliamente sus principios y determinaciones, tanto para adultos como para niños, y deben enviar un informe sobre estas actividades al Comité de los Derechos del Niño, un grupo de diez especialistas. Nepal es uno de los 192 países que ratificaron el tratado (hasta 2004). A pesar de las disputas civiles que suceden en ese reino del Himalaya, las organizaciones no gubernamentales locales revelaron tener ingeniosidad para divulgar sus decisiones y valerse de las obligaciones atribuidas al Estado como oportunidad para lanzar un programa educacional de alcance nacional sobre los derechos del niño.

En 1992, muchas organizaciones no gubernamentales nepalesas, junto con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), organizaron un *workshop* sobre la Convención sobre los Derechos del Niño en Katmandú, capital de Nepal. Este *workshop* brindó la oportunidad de transmitir informaciones a los elaboradores de políticas, motivar preguntas de la prensa y profundizar el nivel de conciencia del público en general en relación a las cuestiones de la infancia y a los deberes de Nepal, de acuerdo con la Convención. El *workshop* se repitió en cinco regiones administrativas del país y, finalmente en la totalidad de los 75 distritos provinciales. Los niños, provenientes de distintas localidades, participaron también de un Seminario Nacional de ONG, retornaron en seguida a sus comunidades para compartir lo que habían aprendido y volvieron una vez más a la capital con amigos.

Estos esfuerzos culminaron en un Seminario de los Niños, en el cual se discutió la situación de los niños y sus responsabilidades, así como las respectivas obligaciones de los padres, de la comunidad, de los órganos locales de gobierno y de los partidos políticos. Como resultado de este proceso, la Comisión de Planeamiento Nacional del gobierno – responsable de la preparación del informe del acuerdo nepalés,



exigido por la Convención sobre los Derechos del Niño – creó una comisión mixta, con la participación de las organizaciones no gubernamentales. De esta forma, el *workshop* nacional, promovido por las ONG, y el Seminario de los Niños, además de distintas declaraciones y planes de acción desarrollados en el transcurso de tales acciones, constituyeron la base de la contribución de las organizaciones no gubernamentales al informe nacional para la ONU. Si tal informe fue importante, más aún lo fue el proceso de educación nacional comandado por las ONG sobre el tema de los derechos del niño.

El objetivo de las organizaciones no gubernamentales en relación a la intensificación y al esclarecimiento de valores se realizó en distintos niveles a medida que Nepal se preparaba para asumir sus responsabilidades en el ámbito de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporando los derechos humanos y los derechos del niño en los currícula de la educación formal. La Convención dice que esta educación debe estar destinada “[...] desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; [...] inculcar en el niño el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y a los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas”.

### ■ Los derechos de las mujeres en Etiopía

Un proyecto en Etiopía, iniciado por un grupo denominado Asociación de Profesionales de Acción para el Pueblo, resalta la importancia de la educación para el pleno desarrollo personal, haciendo hincapié en el respeto a los derechos humanos de las mujeres.

En 1995, los Profesionales de Acción buscaban un programa de enseñanza para promover los derechos de las mujeres, teniendo presente que Etiopía había ratificado la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW, sigla en inglés]. Documenté el trabajo del grupo, acompañando la implantación de programas de derechos humanos basados en la comunidad, inclusive lo que se llama “Bringing CEDAW Home” [Cómo traer el CEDAW a casa]. El planeamiento del currículum fue meticuloso y el manual de capacitación resultante, *The Bells of Freedom*, está disponible en internet.<sup>14</sup>

14. Action Professionals Association for the People (APAP), *The Bells of Freedom*. Adis-Abeba, 1996. Disponible en <<http://www.umn.edu/humanrts/education/belfry.pdf>>. Consultado el 9 de enero de 2004.

El trabajo comienza con el objetivo de promover el cambio de comportamiento y la capacitación de las mujeres por medio de la educación informal basada en la comunidad, a fin de romper el antiguo tormento de la dominación de un género sobre el otro y eliminar la discriminación. Con métodos y lenguaje sencillos, se presentó la CEDAW, artículo por artículo, con la explicación de que el gobierno había prometido cumplir sus determinaciones. Después, se invitó a las participantes a narrar experiencias relacionadas con algún dispositivo específico de la CEDAW, tal como el Artículo 5, por el cual se deben eliminar las prácticas habituales basadas en la idea de la inferioridad de uno de los sexos.

El aspecto más importante fue que, al adoptar un abordaje enfocado en la resolución de problemas, las participantes elaboraron programas de acción y seleccionaron, entre las distintas propuestas, un único plan de acción que todas estarían efectivamente dispuestas a poner en práctica, incluso el que estaba destinado específicamente a remover las barreras al pleno desarrollo de la personalidad de la mujer. Un resultado significativo fue, por ejemplo, que las mujeres acordaron dejar de usar la coerción – y hasta la fuerza – para arreglar casamientos para sus hijas preadolescentes, manteniéndose fieles al Artículo 16 de la Declaración Universal, que dice que todos tienen el derecho de elegir libremente un cónyuge.

### *Favorecimiento de la tolerancia y de la amistad internacional*

#### ■ Experiencia camboyana sobre prejuicio y discriminación

En la tentativa de evitar la duplicidad de esfuerzos, las organizaciones no gubernamentales de Camboya, tal como las de muchos países en desarrollo, encontraron medios de realizar su trabajo dividiendo entre sí las tareas. Algunas se especializaron en problemas de personas con discapacidad, otras se ocupan de las viudas de guerra, y están las dedicadas a tratar la violencia doméstica. En 1999, con el patrocinio de Asia Foundation, trabajé con una ONG camboyana muy creativa, especializada en programas educativos rurales para minorías étnicas: la Asociación de los Derechos Humanos de Khmer

Kampuchea Krom [KKKHRA, sigla en inglés]. La organización hace evaluaciones de las necesidades de grupos minoritarios necesitados y organiza sesiones educativas para los ciudadanos, incluyendo aquellos expuestos al prejuicio y a la discriminación. Entre 1993 y 1999, los programas de educación popular de esta ONG beneficiaron a 23.716 camboyanos.

En el ejemplo del trabajo de KKKHRA descrito a seguir, presento un plan completo de curso, para ilustrar la organización adoptada. Los seguidores de Paulo Freire reconocerán la metodología del brasileño puesta en práctica. El curso patrón consta de cinco partes: (1) **presentación general**, que explica en términos históricos y sociales por qué la experiencia es importante; (2) **objetivos**, desde el punto de vista de los participantes y de las deseadas competencias de aprendizaje que se esperan de ellos; (3) **procedimientos**: en esta parte se presentan determinadas orientaciones al monitor que trabajará con los grupos, por ejemplo, para que adopte referencias visuales para los participantes analfabetos, recurriendo a “figuras adhesivas”; (4) **materiales**, incluyendo dispositivos específicos de la Constitución del Reino de Camboya, además de patrones internacionales de derechos humanos aplicables al país. Y (5) **secuencia**, en la cual el monitor recibe orientaciones paso por paso.

**1. Presentación general.** Primero, el monitor necesita familiarizarse con las informaciones básicas que tengan importancia en el contexto histórico y demográfico del proyecto y que sean útiles para el análisis de problemas correlacionados. En este caso, él explica la importancia de comprender lo que son los prejuicios, la discriminación, el racismo, el sexismo y el etnocentrismo. Estas formas de exclusión moral son, en suma, manifestaciones del problema central de la negación de la dignidad humana, lo que da origen a distintos tipos de discriminación, principalmente contra las minorías. Entre los grupos discriminados están las minorías étnicas e idiomáticas, refugiados y personas que no pueden ser repatriadas, minorías religiosas y otros. Las minorías étnicas de Camboya sufrieron mucho a principios de la década de 1970, en el período conocido como del “Pol Pot”. Antes de 1975, la nación tenía una población de 7,2 millones de habitantes; en los cuatro años siguientes, este

total cayó a alrededor de 6 millones (parte fue víctima del genocidio, otros se hicieron refugiados). Al final de la década de 1990, la población saltó a 10 millones. En términos étnicos, los khmers constituyen el grupo dominante y existen minorías significativas de chinos y vietnamitas, así como también un pequeño porcentaje de grupos tribales. Los prejuicios y la ignorancia provocan la deshumanización de las minorías étnicas, lo que, a su vez, alimenta y da origen a muchas formas de discriminación.

2. **Objetivos.** Los participantes deben:
  - reflexionar sobre el significado y la naturaleza de los prejuicios;
  - reflexionar sobre el proceso y las características de la discriminación y sobre sus raíces en los prejuicios;
  - lograr identificar los problemas de prejuicios y discriminación de los grupos minoritarios;
  - recomendar un modo de acción para un problema de discriminación enfrentado por los miembros de una minoría étnica, basándose en los patrones nacionales e internacionales de derechos humanos.
  
3. **Procedimientos.** El monitor necesita creatividad para explicar la diferencia entre prejuicio y discriminación y para verificar si los participantes comprendieron las conexiones implicadas. Puede ser un tema delicado para algunos y, por eso, es importante darles tiempo para que expresen los distintos puntos de vista. No conviene tratar de “corregir” concepciones que parezcan prejuiciosas, pero sí admitir comentarios del grupo. Los pasos 5 y 8 son un poco complejos, por eso el monitor necesita circular entre los distintos grupos para verificar si entendieron sus tareas.
  
4. **Materiales.** Artículos 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [ICCPR, sigla en inglés]; Artículos 31 y 45 de la Constitución de Camboya, que tratan de las disposiciones sobre discriminación.
  
5. **Secuencia**
  - Paso 1.** Pedirles a los participantes que mencionen a las distintas minorías étnicas de Camboya. Decirles que deben

identificar un grupo con el cual estén familiarizados y explicar si ese grupo es víctima de prejuicios.

**Paso 2.** Contribución del monitor: explicar que prejuicio y discriminación son cosas muy parecidas y que el prejuicio lleva a la discriminación. Hacer una breve exposición con la siguiente línea de presentación:

El **prejuicio** envuelve creencias, sentimientos y posturas [enfaticar]. El prejuicio nace de la creencia y de la actitud de que determinadas personas son inferiores y deben ser tratadas de modo indigno, o incluso con desprecio. El prejuicio es tierra fértil en la cual determinadas costumbres, hábitos y posturas echan raíces y evolucionan hacia la opresión sistemática. En general, el prejuicio y la animosidad están dirigidos a las mujeres y también a otros grupos de la sociedad: refugiados y personas desplazadas, grupos religiosos, grupos étnicos, idiomáticos, etc. El prejuicio tiende a ser mayor en personas y sociedades en las cuales la evaluación racional es frágil; la ignorancia explica los procesos prejuiciosos de exclusión moral de los otros y el proceso de negación del derecho a un tratamiento imparcial y justo. Es por ignorancia que se afirma que la exclusión y la negación son “naturales”. Muchas veces, el prejuicio permanece velado, pero se hace evidente cuando la gente (1) usa palabras injuriosas al referirse a una minoría, como “*juan*”, una referencia peyorativa y maliciosa a los camboyanos de origen vietnamita, y (2) emplean estereotipos, como: “¡Ah, el grupo X! ¡Son todos perezosos e ignorantes!”.

La **discriminación** implica acción [enfaticar], casi siempre basada en reglas injustas. Los actos de discriminación se basan en el prejuicio de que un grupo, al considerarse mejor que los otros, se siente en el derecho de negar a estos determinados derechos humanos básicos y el acceso a ciertos beneficios sociales. Por lo tanto, la discriminación es la negación de la dignidad humana y de la igualdad de derechos. Tales acciones niegan la igualdad humana e imponen una vida de problemas y luchas para algunos mientras confieren privilegios y beneficios a otros. Así como el prejuicio facilita la

discriminación, la propia discriminación da lugar a la explotación y a la opresión. Cuando la explotación y la opresión están reforzadas por las costumbres y por la tradición, se hace difícil, pero no imposible, extirparlas o modificarlas. En el contexto khmer, las minorías étnicas son víctimas de prejuicios y discriminación; además, el servilismo de las mujeres presupone tanto la explotación como la opresión.

Preguntar a los participantes si comprenden esas diferenciaciones e ideas, e insistir en que planteen dudas y cuestionamientos.

**Paso 3.** Mostrarles a los participantes cuatro figuras con un globo arriba de las respectivas cabezas, mirando a otra figura identificada como miembro de una minoría étnica. Mencionar la condición de minoría étnica de esta persona, por ejemplo, un individuo de etnia vietnamita. Pedirles que discutan, en grupos pequeños, cómo completar los globos con expresiones injuriosas para reforzar la noción de que el individuo de una minoría es inferior, o nada humano, y otros globos con estereotipos (todos agresivos, crueles, etc.). Incentivar la discusión sobre estas injurias y estereotipos como reflejo de la ignorancia y de la falta de comprensión. Explicar que todos estos puntos indican prejuicios, y que estos, como un veneno, llevan a resultados socialmente perjudiciales en términos de discriminación.

**Paso 4.** Dibujar una flecha saliendo de cada figura hacia el miembro de una minoría, diciendo que la flecha muestra una acción que implica discriminación, como actos de negación y exclusión; por ejemplo, la exclusión de un niño de etnia vietnamita de un evento social de la comunidad o de la escuela local.

**Paso 5.** Dividir a los participantes en grupos pequeños y proponer a cada uno que trabaje con una minoría étnica diferente. Los grupos deben elegir: (1) un relator que informará sobre problemas de **prejuicios** y actitudes que las personas tienen en relación a la categoría de individuos enfocada, incluyendo injurias y estereotipos; y (2) un relator

que informará sobre problemas de **discriminación** o actos de exclusión, explotación y opresión dirigidos contra esa categoría de personas. Los dos relatores presentarán la discusión y las conclusiones del grupo en sesiones plenarias. Estimular a los participantes a pedir al “relator de los prejuicios” que explique cómo el prejuicio conduce a la discriminación. E incentivar a los participantes a pedir al “relator de la discriminación” que cuente cómo el prejuicio es la base de la discriminación y por qué esto es perjudicial a la comunidad.

**Paso 6.** Contribución del monitor: Decirles a los participantes que, cuando se perjudica a las minorías por discriminación, se las considera inferiores o se las trata con poca o ninguna tolerancia, se está cometiendo una grave violación a los derechos humanos. Los derechos humanos exigen que las minorías sean tratadas con respeto y dignidad. Cualquier forma de discriminación o intolerancia viola el respeto y la dignidad del ser humano. Por lo tanto, cualquier forma de discriminación debe ser tomada en serio. Preguntar a los participantes si comprendieron.

**Paso 7.** Decir que los caminos para buscar justicia, cuando se violan los derechos de las minorías, incluyen:

- denunciar el hecho ante un tribunal que pueda hacer algo;
- informar a la policía y pedir que intervenga;
- informar a una organización de defensa que pueda prestar asistencia legal;
- comunicar a una ONG de derechos humanos que pueda investigar y relatar el incidente;
- informar a la prensa: periódicos, radio, televisión;
- informar a un representante del Congreso Nacional de la provincia;
- pedirle al líder comunitario que investigue y actúe de acuerdo con la Declaración Universal;
- dar una clase a la comunidad, patrocinada por una ONG volcada a la enseñanza de los derechos humanos.

**Paso 8.** Pedirles a los participantes que se reúnan nuevamente en grupos, imaginando que son miembros de una minoría y

que, como tal, decidan qué acciones correctivas podrían recomendar de las orientaciones presentadas en los pasos anteriores; deben agregar a esa recomendación las determinaciones de la ICCPR y de la Constitución del Reino de Camboya que se apliquen al caso. Finalmente, los grupos deben relatar las respectivas recomendaciones.

Esta experiencia se inserta en el contexto de un programa completo de cursos de educación popular sobre derechos humanos.<sup>15</sup>

15. Una variación de este “ejercicio de prejuicio” la podemos encontrar en formato más generalizado en la Actividad 15, en R. P. Claude, *Educación popular en derechos humanos: 24 guías de actividades participativas para maestros y facilitadores*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003.

### ■ Programa de educación árabe-israelí

En 2003, el Consejo de Europa reunió educadores de Irlanda del Norte, de Palestina y de Israel para comparar técnicas empleadas en programas educacionales de incentivo a la tolerancia.

Los participantes palestinos e israelíes dedicados a la elaboración de libros escolares conocieron cómo las autoridades ligadas a la educación en Irlanda del Norte trataban de superar los problemas de enseñanza en una sociedad dividida. Mikhail Margelov (de Rusia), relator del Consejo sobre la Situación en Medio Oriente, felicitó el “espíritu de tolerancia” que prevaleció durante las reuniones dedicadas a la supresión, en los libros escolares, del lenguaje que insufla e incita al odio. Los participantes escucharon ejemplos de lenguaje provocativo empleado en los actuales libros didácticos palestinos e israelíes, y estuvieron de acuerdo en realizar modificaciones para favorecer la tolerancia. Considerando el hecho de que la mayoría de las interacciones hostiles, de los actos de violencia y de destrucción, en Israel y Palestina, las hacen y las sufren los jóvenes, casi siempre incitados por adultos, el relator afirmó: “Lo que me pone optimista es el nivel de autocrítica y de cooperación expresado”.

A su vez, los educadores árabes e israelíes fueron capaces de compartir un ejemplo positivo de programa educativo destinado a la promoción de grupos interactivos de entendimiento entre jóvenes de las escuelas de nivel medio en Israel. “Las reglas de juego” consisten en lo que sus elaboradores denominan un currículum “de abajo para arriba”. Esta expresión alude al hecho de que, desde el principio, el proyecto fue desarrollado con la total participación de un



número igual de profesores de enseñanza media árabes y judíos.

El objetivo del grupo de 20 educadores era cooperar en el desarrollo de un currículum que promoviera la comprensión de los derechos humanos y de los principios democráticos, incluyendo tanto al gobierno de la mayoría como los derechos de las minorías. La fase de planeamiento de los profesores se prolongó durante un año de debates y discusiones, con *workshops* intensivos que empleaban material de la Al-Haq y de la B'Tselem, organizaciones no gubernamentales de derechos humanos árabe e israelí, respectivamente.

El proyecto de aprendizaje participativo, realizado por los profesores, suponía la construcción y el refuerzo de actitudes de tolerancia, respeto mutuo y libertad individual. Con este propósito, el currículum enfatizaba un abordaje cognitivo, para llevar a los estudiantes a diferenciar entre descubrimientos empíricos y juicios de valor, entre indicios comprobados y suposiciones, y entre un argumento lógico y un argumento emocional. Los profesores manifestaron la esperanza de que “[...] un currículum ‘elemental’, presentado por los propios profesores que lo desarrollaron, podría asegurar la buena voluntad y la cooperación fundamentalmente necesarias para la superación de actitudes negativas y de resistencia a los cambios” (Felsenthal e Israelit, p. 5).<sup>16</sup>

En el ejemplo israelí, los profesores de los dos lados del conflicto actuaron de forma cooperativa para planear un programa que promoviera los valores inherentes al proceso de colaboración: resolución de conflictos, tolerancia en cuanto a los puntos de vista divergentes y respeto mutuo por los derechos humanos.

### *Otras actividades de la ONU para el mantenimiento de la paz*

#### ■ Manual para la construcción de la paz

En 2003, estudiosos del Centro para el Estudio de los Derechos Humanos [CSHR, sigla en inglés] de la Universidad de Columbia publicaron un manual de planeamiento y evaluación minucioso y altamente especializado, patrocinado por el Instituto de la Paz de los Estados Unidos. *Human Rights Education for Peace Building* es un proyecto de investigación

16. Ilana Felsenthal e Israelit Rubinstein, “Democracy, School, and Curriculum Reform: The ‘Rules of the Game’ in Israel”. In: Roberta S. Sigel y Marilyn Hoskin (eds.), *Education for Democratic Citizenship: A Challenge for Multi-Ethnic Societies*, pp. 87-102. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 1991.

de distintos autores, que refleja los muchos años de discusiones y trabajos de campo realizados por J. Paul Martin, Tania Bernath, Tracey Holland y Loren Miller. Estos reunieron materiales educativos e hicieron entrevistas en áreas que habían pasado por conflictos, como El Salvador, Guatemala, México, Liberia y Sierra Leona, y donde la comunidad internacional buscaba restaurar la paz. El resultado fue un manual repleto de lecciones extraídas de esas zonas de conflicto y presentadas para prestar auxilio a futuros planificadores, administradores y profesores en la implementación de la Educación para los Derechos Humanos en áreas oprimidas por la violencia, objeto de los programas de construcción de la paz.

Martin y sus colegas ofrecen a los activistas de derechos humanos una guía detallada para, en condiciones adversas, concebir, planear y ejecutar programas de Educación para los Derechos Humanos, con todos los componentes cognitivos, actitudinales, comportamentales e instrumentales. El manual para la construcción de la paz incluye una rica mezcla de conocimiento teórico y formulaciones prácticas para ayudar en la reconstrucción y en la transición para la paz, con componentes educacionales. En estos ambientes perturbados, la contribución de los derechos humanos reside en la perspectiva de una vida sin violencia ofrecida a personas dominadas por la impotencia. Se defienden los proyectos educacionales de largo plazo que den una alternativa conceptual a la violencia, como medio para la acción social.

Con una fuerte orientación analítica, el libro revela que determinados objetivos de la Educación para los Derechos Humanos pueden ser adecuados a un nivel de construcción de la paz, pero no a otros. El modelo contempla las transiciones entre las distintas etapas del pasaje del conflicto a la paz diferenciando los objetivos y adecuándolos a cada etapa, teniendo en vista los derechos humanos. Hay una primera etapa, anterior a la paz y otra inmediatamente posterior a su establecimiento; después está la negociación y se pasa, entonces, a la etapa de reconstrucción. Por ejemplo: los objetivos educacionales de la etapa anterior a la paz son reactivos, el énfasis recae en el monitoreo y en el registro de las violaciones para posibles acciones legales. A medida que las actividades de reconstrucción se van desarrollando, los

programas se tornan proactivos y buscan anticiparse, concentrándose en expandir las nociones de derechos humanos más allá de los reclamos legales y de las normas para la vida del día a día, incluyendo la no discriminación, la empatía y el respeto por la dignidad humana de todas las personas.

En respuesta a la pregunta “¿En qué se diferencia la Educación para los Derechos Humanos de otras actividades de construcción de la paz?”, los co-autores del CSHR afirman:

*En el ojo del huracán, donde todo parece negociable y, por eso, todo se sujeta a la sanción de los más poderosos, la Educación para los Derechos Humanos puede ofrecer tanto una estructura como modelos. Introduce una alternativa para prevenir los abusos a los derechos humanos recurriendo a un conjunto de leyes o códigos definido por la comunidad internacional, lejos del calor de la crisis. Fue exactamente esa la motivación de los Estados, después de los horrores de una guerra mundial, para aprobar en 1948 la Declaración de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.*

### ■ Educación para los derechos humanos en Filipinas: militares y policías

A pesar del origen brasileño de la pedagogía de Paulo Freire, en algunos aspectos Asia comparte el crédito de cuna de la educación para los derechos humanos, pues tales programas se iniciaron en Filipinas, a escala nacional, por exigencia de su Constitución de 1987, una Carta Magna elaborada por personas que habían sufrido bajo el tiránico régimen anterior, comandado por Ferdinand Marcos. La nueva Constitución representó una fuerte respuesta a aquel momento histórico. Con la educación para los derechos humanos, sus creadores buscaron, explícitamente, cambiar el ambiente político y los valores, las actitudes y los comportamientos de los ciudadanos en general y de las corporaciones encargadas de la seguridad pública en particular. Pretendían que la educación y la enseñanza de derechos humanos tuvieran un doble impacto: preventivo y remediador. La capacitación de las personas podría evitar la aparición de problemas, gracias al respeto por los derechos de los otros e, igualmente, serviría para

alertar a las autoridades sobre el hecho de que la población estaba informada sobre las posibilidades de reparación.

Las organizaciones no gubernamentales de Filipinas se valen del principio constitucional para crear sus propios programas de desarrollo comunitario y sus redes de autoayuda práctica para mujeres y niños, agricultores, personas discapacitadas, habitantes de barrios más pobres, etc. Programas de este tipo corren menos riesgos de provocar la oposición de las elites cuando están vinculados a la enseñanza de los derechos humanos, pues todos conocen la referencia constitucional de los mismos. Además, las ONG filipinas descubrieron que sus programas tenían más probabilidades de influir sobre los valores si los derechos humanos estuvieran vinculados al mejoramiento concreto de la comunidad, en respuesta a las necesidades manifestadas.

A partir de 1987, cuando la nueva Constitución determinó la enseñanza de los derechos humanos, se implementó el entrenamiento de policías, militares y profesores, con diversos grados de éxito. Al principio, por falta de modelos bien planificados, los esfuerzos para aplicar la Educación para los Derechos Humanos a los servicios de seguridad fueron vacilantes e inciertos.<sup>17</sup> Así, por ejemplo, en un período de tres años hubo siete tentativas de golpe de Estado contra el nuevo gobierno, hasta que una Comisión del Senado filipino se concentró en la necesidad de una disciplina más fuerte, reforzada por una educación más vigorosa. Esta Comisión concluyó (*apud* Claude, 1996, p. 73):

*Se necesita un programa educacional más eficaz para los militares y el personal del gobierno, para que logren desarrollar una comprensión mayor de sus deberes y de sus responsabilidades en la protección y en el incentivo a los derechos humanos, de acuerdo con la Constitución, las leyes, las normas y patrones de derechos humanos aceptados internacionalmente.*

La necesidad del restablecimiento de la paz doméstica fue una reprimenda a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, constitucionalmente responsable de la enseñanza de los derechos humanos a los militares y policías.

Tras el fracaso de distintas tentativas de implementar la Educación para los Derechos Humanos, y en respuesta a la

17. Véase R. P. Claude, "Civil-Military/Police Relations". In: *Educating for Human Rights: The Philippines and Beyond*, pp. 71-101. Manila/Honolulu: Universidad de Filipinas – Universidad de Hawai, 1996.

crítica del Senado, se hicieron nuevos esfuerzos para lograr que los militares aceptasen la enseñanza efectiva de los derechos humanos, bajo el liderazgo de Amâncio S. Donato, director educacional de la Comisión de Derechos Humanos. Cuando conversamos en Manila, Donato, doctor en filosofía, me contó que sus ideas sobre la mejor manera de presentar la educación para los derechos humanos a policías y militares había sido parcialmente influenciada por el texto “Human Needs and Human Rights”, de Johan Galtung y Anders Helge Wirak.<sup>18</sup> En el nuevo programa, que Donato planeó con la ayuda de científicos sociales y profesores de derecho, millares de policías y oficiales militares comenzaron a asistir a cursos de ocho días de “sensibilización” sobre derechos humanos, legislación constitucional y derecho humanitario. La fuerza de este programa fue producto de la determinación, en la forma de decreto presidencial, de que las promociones y los aumentos salariales solo serían autorizados a los oficiales que lograran aprobar el curso obligatorio sobre derechos humanos y derecho humanitario.

La Comisión de Derechos Humanos tuvo que enfrentar el desafío de garantizar la aceptación del programa en las filas militares, en las cuales muchos despreciaban a los oficiales seleccionados para la Comisión. Ante la preeminencia de tales posturas, el desafío educacional consistía en elaborar un modelo que asociara el cambio de actitud y de comportamiento al desarrollo de las habilidades cognitivas. Como tema afín, la Comisión debería lidiar con la delicada cuestión de la “legitimidad” del programa. La aceptación por parte del cuerpo de oficiales seguía problemática, pues estos no habían participado de su elaboración y tenían poca afinidad con sus determinaciones. En respuesta, la Comisión propuso varias maneras de intensificar el apoyo a la enseñanza de derechos humanos por parte de militares y policías. El doctor Donato hizo un resumen, en lenguaje coloquial, de los métodos adoptados para enseñar derechos humanos a los militares, reduciendo las instrucciones de planeamiento a una serie de máximas:

**Adopte términos populares:** utilice un lenguaje coloquial y evite el vocabulario jurídico, haciendo hincapié en la cultura filipina y el contexto comunitario, para garantizar una comprensión empática.

18. Galtung y Wirak, “Human Needs and Human Rights – A Theoretical Approach”. *Bulletin of Peace Proposals* 8, pp. 251-258, 1977.

**Permita que los participantes se sientan dueños de la situación:** cuando hayan demostrado una profunda comprensión de la discusión de los derechos humanos y de las leyes y normas humanitarias, estímúelos a crear su propio proyecto de un código de ética.

**Haga que todo parezca personal:** con creatividad, destaque el hecho de que el respeto a los derechos humanos es coherente con las necesidades humanas de los propios participantes del curso (intereses familiares, educación de los hijos, etc.), vinculadas al respeto a las necesidades humanas de los otros.

**Haga que todo resulte compensador:** muestre que el éxito del programa coincide con los intereses de cada oficial; destaque los incentivos (promociones y aumentos salariales) más que las sanciones (amenazas de investigación, punición y humillaciones).

En 1995, al reconocer la importancia de evaluar el programa Educación para los Derechos Humanos en relación al entrenamiento de militares y policías, la Academia de Desarrollo, vinculada a la Universidad de Filipinas, propuso una evaluación en dos niveles. Primero, a nivel individual, una investigación sobre actitudes y habilidades ayudó a observar cambios de actitud y de comportamiento de los participantes. Segundo, una investigación a nivel de la comunidad analizó la incidencia de aumento o disminución de las violaciones a los derechos humanos entre aquellos que pasaron por el programa. Los profesionales responsables del proceso reconocieron la importancia de la evaluación crítica para garantizar la adaptación de los programas, a largo plazo, a los cambios en las circunstancias, así como el alcance de los objetivos que habían sido propuestos.

### *Recursos y apoyos globales en la Educación para los Derechos Humanos*

En muchos aspectos, el Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la esfera de los Derechos Humanos (1995-2004) fue un éxito. A su término, en la mayoría de los países,

en todo el mundo, se podían encontrar programas de Educación para los Derechos Humanos fortalecidos y facilitados por distintos refuerzos. Muchos fueron:

- facilitados por el apoyo y por la asistencia técnica de la ONU y de órganos regionales;
- financiados por agencias internacionales;
- transformados en programas de largo plazo, con la ayuda de certificaciones universitarias y capacitación de profesores;
- complementados por proyectos de educación popular conducidos por organizaciones no gubernamentales que atienden a grupos específicos, tales como mujeres y niños, personas con discapacidad, personas necesitadas del área rural y las que no son atendidas por los sistemas escolares formales.

Una de las estructuras de apoyo de nivel internacional es la División de Derechos Humanos, Democracia, Paz y Tolerancia, de la UNESCO, que ofrece estrategias para la enseñanza de derechos humanos a nivel regional e internacional. El “Ciberbus escolar de las Naciones Unidas”<sup>19</sup> es un atractivo portal de internet que facilita la combinación de actividades en la sala de clases con informaciones y materiales sobre derechos humanos. El portal incluye una versión interactiva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, una versión en lenguaje simple de este documento, preguntas y respuestas, definiciones de la terminología de los derechos humanos adecuadas a los alumnos de enseñanza elemental y media, y un ingenioso *Global Atlas of Student Activities*.

El apoyo regional a la enseñanza de los derechos humanos se hace evidente en las acciones de la Unión Europea, del Centro Asiático de Recursos Regionales, del *Workshop* Anual Africano sobre Enseñanza de Derechos Humanos, y en las publicaciones y programas instruccionales del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Las agencias financiadoras nacionales e internacionales han estimulado la adopción de programas de Educación para los Derechos Humanos. Entre las principales fuentes de apoyo financiero se encuentran la Fundación Europea de los Derechos Humanos, la Fundación Canadiense de los Derechos Humanos y la Agencia

19. Disponible en <<http://www0.un.org/cyberschoolbus/humanrights/declarativa/index.asp>>. Consultado el 11 de abril de 2005.

20. La lista de las agencias financiadoras que apoyan la enseñanza de los derechos humanos la podemos encontrar en Frank Elbert (ed.), *Human Rights Education Resource Book*. Cambridge/Amsterdam: Human Rights Education Associates, 2000.

21. Asian Development Bank, "Legal Literacy for Supporting Governance". Manila: Regional Technical Assistance Study RETA 5856, 1999.

Norteamericana para el Desarrollo Internacional, además de distintas fundaciones particulares, como la Fundación Ford, la Redd Barna, de Noruega, la Fundación Fredrick Neuman (Alemania), el Ministerio del Exterior Holandés, y la Fundación de Asia, entre muchas otras.<sup>20</sup>

Un nuevo paso en el ámbito de las instituciones financieras internacionales se dio cuando el Banco de Desarrollo de Asia, aunque tuviera poca tradición en iniciativas progresistas, constató que los sistemas legales de la región, a principios del siglo XXI, estaban "infestados de corrupción y de intereses destinados a mantener el *statu quo*". El banco concluyó que sus proyectos de financiación del desarrollo podrían ser beneficiarios de la inclusión de programas de "capacitación para la alfabetización jurídica", expresión menos controvertida para los gobiernos asiáticos que "educación popular sobre derechos humanos". Vinculada a los proyectos de desarrollo, la "capacitación para la alfabetización jurídica" debería, de acuerdo con el banco, fortalecer gobiernos basados en el "conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, exigencias en cuanto a la responsabilidad y participación en la toma de decisiones", a fin de promover la "receptividad del sistema jurídico a las necesidades de los desprotegidos".<sup>21</sup>

Distintos sitios de internet apoyan los programas de Educación para los Derechos Humanos, siendo útiles para profesores y organizaciones no gubernamentales que estén iniciando proyectos educacionales. Algunos ejemplos sugieren el alcance y la diversidad de tales fuentes. "All Different, All Equal" es un proyecto del Consejo de Europa que incluye un currículum para fomentar la educación intercultural. Amnistía Internacional de Estados Unidos apoya un sitio de Enseñanza de los Derechos Humanos, enviando por e-mail un boletín mensual destinado a educadores interesados. En el Servicio Internacional de la BBC, el programa "I Have a Right to..." presenta estudios de caso usados para dar clases sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Hay también material de gran importancia sobre el tema en sitios como: "Human Rights Internet"; "Human Rights Education Associates"; "The People's Movement for Human Rights Education"; "Partners in Human Rights Education", entre otros.



## Conclusión

Hoy en día, muchos observadores, activistas y educadores notan el comienzo de un movimiento internacional en apoyo a la enseñanza de los derechos humanos. Tales iniciativas se hicieron más factibles gracias a los recursos de las Naciones Unidas disponibles mundialmente, además de una red internacional de cooperación de grupos públicos y privados, en rápida expansión. El punto de vista compartido por los involucrados enfoca la construcción de una “cultura universal de derechos humanos”, ya no una utopía fantasiosa, sino un desafío actual para un mundo globalizado que necesita compartir valores positivos. Estamos ante la obligación, a nivel internacional, nacional, local y personal, de adoptar programas eficaces de enseñanza de derechos humanos y emplear metodologías que puedan garantizar que la tarea sea bien hecha, congruente con los objetivos de la paz mundial y el respeto a los derechos humanos en todas partes.

Para reforzar nuestras responsabilidades de apoyar la educación para los derechos humanos, vale reflexionar sobre un inquietante comentario de Eleanor Roosevelt. Como si estuviera hablando ahora con nosotros, dijo en 1948:

*Va a pasar un buen tiempo hasta que la historia juzgue el valor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y ese juicio dependerá, pienso yo, de lo que los pueblos de distintas naciones harán para que este documento sea conocido por todos. Si lo conocen muy bien se esforzarán para conquistar algunos de los derechos y libertades anunciados en él, y ese esfuerzo lo hará valioso en el sentido de que dejará claro el significado del documento en lo concerniente a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.*

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo y de la Escuela de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas, Brasil.

#### RESUMEN

A partir de las declaraciones de dos juristas, el texto analiza lo que lleva a personas cultas y formadas en derecho a reprobar la concesión de iguales derechos a los homosexuales. Reflexiona también sobre la falta de discusión moral y jurídica respecto del estigma social en Brasil, en general, y particularmente entre los juristas, que se dejan llevar a una comprensión irracionalista o tradicionalista (otra forma de irracionalismo) de los fundamentos de la vida moral, y adoptan argumentos ignorantes y equivocados desde el punto de vista de la filosofía y de la ciencia contemporáneas. Por otro lado, esta visión impide que los daños físicos y psicológicos causados a niños, niñas y jóvenes homosexuales se entienda como una forma de violencia, estimulada por un ordenamiento jurídico que abriga prejuicios religiosos específicos. A partir de estos dos ejes, el artículo procura mostrar cómo desde el derecho se puede exigir el fin de las discriminaciones sociales de gays y lesbianas. [Texto original en portugués.]

## EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO PARA GAYS Y LESBIANAS

José Reinaldo de Lima Lopes

*Los homosexuales son una raza maldita, perseguida como Israel. Y finalmente, como Israel, bajo el oprobio de un odio inmerecido por parte de las masas, adquirieron características de masa, la fisonomía de una nación [...] Son en cada país una colonia extranjera.*

Marcel Proust



“Brasil no está preparado para la unión civil. Es innecesaria y contraria a las bases culturales y religiosas del país”. Es así que el juez de derecho Marcos Augusto Barbosa dos Reis se manifiesta en una entrevista concedida a la revista *Trip* (n. 95, nov. 2001) sobre la unión entre personas del mismo sexo. “Ni el derecho ni la legislación constitucional e infraconstitucional brasileñas prevén la unión homosexual. [...] Esas decisiones aisladas jamás significarán que dos personas puedan encontrar la felicidad y la protección del derecho a partir de una conducta que es una desviación de la naturaleza de las cosas”. Y de este mismo tenor es la declaración dada por el abogado Jaques de Camargo Penteadó al periódico *Tribuna do Direito* (n. 82, feb. 2002). Tales declaraciones contemporáneas muestran cómo la discusión jurídica brasileña está contaminada de equívocos y carente de comprensión adecuada de lo que son el derecho, la democracia y la moral. Ambas declaraciones confunden cosas que en sociedades liberales, democráticas y modernas (o por lo menos post-tradicionales) ya no se podrían confundir.

En primer lugar, confunden el orden jurídico con el orden aceptable para la mayoría, con lo que se abandona el aspecto fundamental de la democracia: la protección a los derechos de

---

Las referencias bibliográficas de las fuentes mencionadas en el texto están en la página 96.

---

las minorías. En segundo lugar, confunden el derecho con un orden moral tradicional: decir que algo no es aceptable porque va contra la índole tradicional de un grupo es ignorar el carácter prescriptivo y contrafáctico de cualquier orden normativo. En tercer lugar, confunden religión y Estado: el orden jurídico de un Estado democrático no se basa en las razones religiosas de ninguno de los grupos que componen la ciudadanía de ese Estado. En cuarto lugar, apelan a conceptos de derecho natural y de naturaleza como mínimo equívocos. Como deberían saber los juristas, el derecho natural no es un conjunto de comandos u órdenes, sino una condición de posible organización social de la vida. Y la naturaleza, por su parte, ¿qué es? ¿Es el conjunto de necesidades y regularidades cósmicas? Ahora bien, en ese caso, andar en avión y hacer transfusiones de sangre son cosas que van contra la naturaleza. ¿Es un conjunto fijo de funciones y finalidades? Entonces, es el caso de “subjetivizar la naturaleza y decir que esta “quiere” algo, lo que en rigor nadie admitiría, a no ser de forma metafórica. Pero el uso metafórico de las palabras no produce argumentos convincentes.

Pues bien, el hecho de que haya juristas que se expresan públicamente con esa naturalidad demuestra hasta qué punto es necesario todavía discutir y cómo se plantean, con aires de seriedad, afirmaciones que no hacen más que reproducir el sentido común o la moral precrítica. Es una sorpresa decepcionante ver a un jurista escudarse en una respuesta como “la sociedad no está preparada”. La sociedad no está preparada para muchas cosas: no está preparada para condenar la tortura y para repartir la riqueza; pero no esperamos que esté preparada para abolir la tortura y crear impuestos y contribuciones sociales. También es decepcionante oír a alguien decir que la naturaleza es prescriptiva: cirugías, casamientos de personas sin capacidad reproductiva y otros hechos semejantes nos permitirían decir que son cosas proscriptas por el “derecho natural”.

### **Dos argumentos a favor de una moral crítica para el derecho**

A principios de los años 60, cuando en el Reino Unido se discutió el fin de la criminalización de los actos homosexuales consensuales entre adultos, se entabló un importante debate que debería resultar ejemplar para todos los estudiantes de derecho. El debate se dio

entre Lord Devlin, miembro de la más alta instancia judicial del reino (sección de justicia de la Cámara de los Lores, los *Law Lords*) y uno de los grandes juristas del siglo pasado, Herbert L. Hart. Más tarde, el mismo tema fue abordado por Ronald Dworkin, otro jurista de primera magnitud, que aún vive. El debate muestra que para tratar cuestiones de dignidad humana y de derechos fundamentales se necesita tener una formación moral mínima. Es necesario, en resumen, apartarse del escepticismo relativista que considera las cuestiones morales como si fueran cuestiones de gusto; y apartarse del puro y simple tradicionalismo que aborda las cuestiones morales solo como un problema de costumbres que deberían ser reconocidas y preservadas.

En aquel momento, la Comisión Wolfenden, creada en el Reino Unido, concluyó que los actos homosexuales consensuales entre adultos deberían ser descriminalizados. Una parte de la opinión británica se sintió contrariada pues eso significaba hacer una opción de carácter moral, quitarle a tales prácticas el carácter de algo sujeto a pena, apartarlas de la idea de pecado. Lord Devlin entró en el debate diciendo que sí es función del derecho, especialmente del derecho penal de un país, determinar o escoger una moral, y que esta es o debe ser la moral de la mayoría. Decía (1991, p. 74): “La sociedad no se mantiene por lazos físicos, sino por lazos invisibles de pensamiento común. Si esos lazos se relajaran sus miembros quedarán a la deriva”.

Para este autor, la religión y la moral no pueden separarse completamente y los patrones morales aceptados en Occidente en general son los patrones cristianos (p. 69). Así, alguien que vive en una sociedad cristiana no puede ser obligado a convertirse al cristianismo pero está obligado a adherir a la moralidad cristiana, que es la moralidad social de su medio. Y una moral común es tan necesaria como un gobierno; por eso, si es legítimo que el gobierno puna actividades subversivas – como formas de traición – es legítimo que el Estado puna también los vicios (sic, p. 77). Lord Devlin reconoce como natural que la punición jurídica no sea simplemente la continuación de la pena religiosa o moral; de esta manera, el Estado puede punir ciertas conductas no porque sean pecado en sí, sino porque atentan contra el orden, la moral en general aceptada. Finalmente, Lord Devlin dice que no se trata de tomar como patrón de juicio moral solo la opinión de la mayoría. A fin de cuentas, este viene de la tierra de John Stuart Mill, tierra que conoció un intenso debate sobre la libertad individual.

J. S. Mill, hace casi doscientos años, advertía sobre el peligro de que la democracia suprimiera las libertades individuales (la libertad moral de los individuos) en nombre del proceso representativo de las mayorías. Este decía: “actualmente, la tiranía de la mayoría es normalmente incluida entre los males contra los cuales la sociedad necesita ser protegida”. Es más, la “mayoría puede ser una parte que desea oprimir a otra parte”. Por eso, concluía Mill, la única libertad que merece el nombre de libertad es la de que busquemos nuestro propio bien, nuestra propia manera, siempre y cuando no impidamos a nadie hacer lo mismo (Mill, 1974, p. 138). Devlin, al contrario, dice que el criterio es el del “hombre común”, de la persona honesta (*right-minded*): la inmoralidad es, pues, lo que la persona honesta considera inmoral. Por lo tanto, no es la moral de la mayoría, sino la moral del hombre común lo que debe inspirar al legislador. En el caso de los homosexuales, la cuestión se resuelve de manera sencilla: tanto la mayoría como el imaginado “hombre común” condenan las personas y las prácticas homosexuales.

Como se puede apreciar, el argumento de Devlin se basa en la idea de que la sociedad es frágil y que los individuos no son capaces de desenvolverse autónomamente. El desenvolvimiento autónomo crea el riesgo de la gangrena social. Por otro lado, Devlin no cree en una moral crítica o racional. Como gran parte de nuestros contemporáneos, cree que la moral es una cuestión de tradición, costumbre, regularidad y conveniencia. De este modo, no se puede, en el debate moral, buscar una perspectiva crítica – que es siempre universal –, sino solo una perspectiva conveniente y práctica, la del hombre común.

Contra este argumento se levantó en primer lugar Herbert Hart. En un primero y breve texto polémico, cuyo título es “Inmoralidad y Traición”, argumenta que Devlin trata de mostrar la inmoralidad como resultado de una actividad intelectual que combina asco, intolerancia e indignación: si ciertos hechos y actitudes despiertan tales sentimientos en el hombre común estaremos ciertamente ante algo inmoral, que debe ser punido por el derecho. En estos términos, concluye Hart, la moral propuesta por Devlin es acrítica, no se basa en una discusión racional de los fundamentos de la opción moral, sino en la impresión y en los sentimientos. También resalta el equívoco de la comparación que hace Devlin con el caso de traición: no toda

actividad contra el gobierno es traición, pues puede no buscar destruirlo, sino solo modificarlo. El riesgo de las decisiones equivocadas de las mayorías – y de sus representantes – dice Hart, es un riesgo inherente al gobierno representativo democrático. Pero no debe ser ampliado elevando al “hombre común” a una posición tal en que basta con que manifieste repulsión o asco para que adecuemos las leyes a ese sentimiento sin hacer críticas teóricas a sus exigencias.

En un ensayo más amplio (1963), Hart desarrolló su respuesta concluyendo que el principio (crítico) central de la discusión moral es que la miseria, el sufrimiento humano y la restricción a la libertad son malos. Así, el derecho de una sociedad libre y democrática comienza a fundamentarse en ese criterio, o sea, en la disminución de la miseria, del sufrimiento y de las restricciones a la libertad. La preservación del orden y de la sociedad, así como el mantenimiento de una moralidad común, no pueden ser evaluadas en sí mismas, sino sometidas al principio de una moral crítica.

La misma línea de razonamiento sigue el ensayo de Ronald Dworkin (1977, pp. 240-258). También para él lo que está en juego en el debate es una controversia entre una moral convencional (según la cual las reglas morales se basan en convenciones) y una moral crítica (en la que las reglas morales deben someterse a ciertas cribas de la razón). Naturalmente, Dworkin no niega que ciertas moralidades históricas pueden resultar de la aceptación *de facto* de ciertas prácticas. Lo que niega es que esa existencia *de facto* equivalga a su justificación o fundamentación. Hacemos muchas cosas sin preguntar el porqué, pero si se plantea la cuestión del fundamento, la respuesta moral no puede ser “porque siempre fue así”, o “porque todos lo hacen así”. Dworkin propone, entonces, algunas cribas para las opiniones morales:

- los prejuicios no son razones válidas (creer que los homosexuales son inferiores porque no realizan actos heterosexuales no se justifica como juicio moral de superioridad o inferioridad);
- el sentimiento personal de asco o repulsión no es razón suficiente para un juicio moral;
- el juicio moral basado en razones *de facto*, que son falsas o no plausibles, no es aceptable (por ejemplo, es factualmente incorrecto decir que los actos homosexuales

- debilitan, o que no hay prácticas homosexuales en la naturaleza – o sea, en otras especies animales sexuadas);
- el juicio moral basado en las creencias ajenas (“todos saben que la homosexualidad es un mal”) tampoco está suficientemente justificado.

En síntesis, el derecho de una sociedad democrática, al contrario de lo que imaginan los menos preparados, no es un derecho sin moral, sino un derecho que asume en su base una moral de carácter crítico. El sistema constitucional – que estatuye el tratamiento igualitario, el respeto a la dignidad de la persona y la libertad moral de los ciudadanos – es un sistema jurídico con una agenda moral crítica. Esto lo distingue de los trágicos regímenes autoritarios de los últimos dos siglos. Las prácticas sociales pueden ser autoritarias pero el derecho es – o debe ser – un antídoto contra tales prácticas.

Hay dos equívocos en las discusiones contemporáneas del tema de los derechos de los homosexuales, cuando – como quieren algunos – la cuestión se plantea en términos morales. El primero consiste en identificar la moral de una sociedad democrática con la moral tradicional, o de la mayoría. El segundo está en la afirmación de que el derecho moderno no incluye una cierta moral. Los argumentos arriba resumidos ayudan a deshacer estos dos equívocos. La moral de una sociedad democrática es crítica, y no simplemente tradicional o apoyada en la mayoría. La mayoría parlamentaria no lo puede todo, y si mantiene formas discriminatorias de tratamiento incurre en un acto de inconstitucionalidad, pues el Artículo 5 de la Constitución brasileña impide que se perpetúen los tratamientos discriminatorios. Si la cuestión se desplaza a la Justicia, vamos a encontrarnos en el foro de aquel poder que, por definición es antimayoritario, o sea, es el guardián de los intereses de la minoría. Pero la sociedad democrática tiene una moral, que consiste en establecer como principio la dignidad igual y universal de las personas, y esa dignidad incluye la libertad de hacer todo aquello que no perjudique a otros. Como dice Dworkin, el “daño” que se causa a otros no puede ser un malestar o una indisposición fundada solo en la tradición y en el prejuicio. Por consiguiente, la moral de una sociedad democrática debe ser crítica; pero hay sí principios morales fundamentales por detrás de un orden jurídico.



## La reivindicación del reconocimiento y el estigma como ilícito jurídico

El movimiento gay dio a público – en nuevos términos y nuevas circunstancias – la vieja cuestión de la justicia. Junto con muchos otros grupos sociales, también los gays pasaron a reivindicar, como derecho, el respeto a su identidad, su libertad y tratamiento no discriminatorio. Esta lucha tuvo una historia peculiar, como cualquier movimiento, pero se inserta en un gran proceso que puede ser identificado como de expansión de la democracia y afirmación de derechos universales.

En la expansión de la democracia se incluyen los derechos a las libertades civiles y políticas, cuyos puntos sobresalientes fueron la libertad de expresión (el fin de los delitos de opinión), la libertad de asociación (el fin de los delitos de sedición) y la extensión del sufragio (para abarcar a todos los individuos adultos). Se incluyen también los derechos sociales – laborales, al bienestar y a la protección social – cuya ampliación se debe exclusivamente a las dolorosas y sangrientas luchas de la clase obrera. En la afirmación universal de derechos es necesario contar con la constitución de un sujeto humano universal que incorpora un valor insustituible y que por definición no tiene precio, que es la dignidad. Estas dos corrientes – expansión democrática del punto de vista institucional y afirmación de los sujetos del punto de vista moral – confluyen en el movimiento gay de forma ejemplar. Y son tanto más importantes cuanto menos democrático y menos universalista es el contexto social en el que se afirman.

La afirmación del derecho de los homosexuales no se da de forma lineal y simple, sino problemática. Estos derechos no son siempre y necesariamente reconocidos o apoyados por aquellos que se dicen convencidos de la bondad moral – sea de la democracia o de los derechos humanos universales. De hecho, no fue solo contra las visiones tradicionalistas del mundo que los homosexuales tuvieron que luchar. No pocas veces tuvieron que luchar contra grupos de aparente inclinación por la libertad. Esto es particularmente evidente en Brasil, donde liberalismo muchas veces significa solo la defensa del libre comercio y de la libre iniciativa empresarial. No todos los liberales extienden su liberalismo a las libertades individuales, o a la defensa de la autodeterminación de los sujetos humanos. La izquierda, en buena parte responsable, en el siglo pasado, de la democratización

del país, en lo que se refiere a la extensión de derechos a todos sin distinción de clase social, reiteradas veces se opuso al reconocimiento de los homosexuales, cuando no persiguió ostensiblemente a aquellos que vivían en el socialismo real.

En el campo del derecho propiamente dicho, en lo que se refiere a los ordenamientos jurídicos y al calidoscopio de obligaciones y derechos que se distribuyen entre las personas, la afirmación de un derecho al reconocimiento también tropieza con dificultades. Para esclarecer el status de los homosexuales en el derecho, tomo como punto de partida una importante distinción establecida por Nancy Fraser (1997) entre **derechos de distribución** y **derechos de reconocimiento**. Gays y lesbianas, así como minorías nacionales y culturales, piden derecho al reconocimiento.

Los **derechos de distribución** son tradicionalmente llamados derechos sociales y tienen una función especial: destruir las injusticias estructurales e inevitables del sistema de clases existente en el capitalismo. Para que haya derechos sociales o derechos a la redistribución es necesario admitir de base algunas cosas: (a) que existen clases sociales; (b) que las clases sociales no son un fenómeno cósmico, sino institucional e histórico; (c) que las clases sociales generan situaciones de injusticia; (d) que la producción social de la riqueza es un emprendimiento social común; (e) que la injusticia de las clases consiste en la apropiación desigual de los resultados sociales de la producción de la riqueza; (f) que incluso aquellos menos capaces y menos productivos, si aun así son reconocidos como miembros de la sociedad, tienen derecho a ser mantenidos en el interior de esta a través de mecanismos de distribución de la riqueza.

Los **derechos de reconocimiento**, a su vez, también requieren puntos de partida, y se puede decir que parten de los siguientes puntos: (a) que existen en la sociedad grupos estigmatizados;<sup>1</sup> (b) que los estigmas son productos institucionales e históricos y no cósmicos; (c) que los estigmas pueden no tener fundamentos científicos, racionales o funcionales para la sociedad; (d) que las personas pertenecientes a grupos estigmatizados sufren la usurpación o la negativa de un bien material (no mercantil, ni mercantilizable) pero básico: el respeto y la autoestima; (e) que el mantenimiento social de los estigmas es, por lo tanto, una injusticia que provoca un dolor innecesario, sufrimiento, violencia y falta de respeto; (f) que los

1. El tema mereció un extenso tratamiento en la obra de Erving Goffman (1975). Para este, el estigma es un fenómeno social, un atributo depreciativo que permite preestablecer ciertas relaciones. Los estigmatizados se pueden dividir inicialmente en dos grupos: aquellos cuyo estigma es evidente, y por eso se dicen personas desacreditadas; y aquellos cuyo estigma no es inmediatamente perceptible, denominadas personas desacreditables.

miembros de una sociedad, para continuar perteneciendo a ella, tienen derecho a que les sean retirados los estigmas humillantes.

Ahora bien, si los estigmas se producen socialmente, algunos pueden objetar que el derecho sería impotente contra tales “prejuicios” de carácter social y cultural. Y que lo máximo que se puede hacer es, a veces, penalizar las conductas que generen violencia sobre las personas pertenecientes al grupo estigmatizado. Esta objeción no se sostiene ni en términos jurídicos ni en términos históricos.

Comencemos por los ejemplos históricos. El derecho ya combatió eficazmente varias formas de estigmatización. Para citar unos pocos ejemplos, se puede decir que los grupos de identidad que se formaron a lo largo de los últimos siglos y lograron superar los estigmas sociales por medios jurídicos fueron las mujeres y, en parte, los negros, los extranjeros y las personas con discapacidad. Desde el punto de vista de la cultura mayoritaria, las formas de interiorización de estos grupos eran respaldadas por el derecho. Las mujeres no votaban, podían recibir salarios inferiores a los de los hombres, en ciertas circunstancias no tenían acceso a la justicia sin la autorización del marido y cosas parecidas. Fueron los movimientos emancipacionistas y feministas los que construyeron poco a poco una imagen más positiva y afirmativa de las mujeres, “desnaturalizando” el tratamiento jurídico diferenciado, y que introdujeron en el derecho la igualación de mujeres y hombres, que antes se concebía como imposible, dada la diferencia de género. La diferencia es, pues, una construcción histórica; y el derecho no juega un papel neutro en esta construcción: al contrario, el derecho – los ordenamientos – ayuda a naturalizar las diferencias y las desigualdades comunes en la cultura. Los cambios en el derecho no solo siguen a los cambios culturales, sino que ayudan a promoverlos.

Por consiguiente, el derecho puede promover cambios y remover injusticias históricamente consolidadas, requiriendo para ello que se movilicen algunas instituciones jurídicas. La primera de ellas es la acción colectiva, o acción civil pública, que ofrece un medio eficaz para que algunos miembros aislados o grupos de personas estigmatizadas con mayores recursos – especialmente psicológicos – podrán ejercer el papel indispensable de una figura de vanguardia o del héroe, sin que sea necesario que cada miembro cargue solitariamente con los costos altísimos de la exposición y de la lucha.

2. En la tipología del tratamiento discriminatorio elaborada por Yoshino (1999), la discriminación atropella las identidades, forzando los grupos diferentes a convertirse o a esconderse. Convertirse (*converting*), una exigencia explícitamente antidemocrática, hace referencia a aquellas identidades que resultan de libre aceptación de pertenecer a un grupo. El ocultamiento (*passing*) también se presume compatible con alguna tolerancia: el individuo no puede exponer públicamente su identidad. Al ocultarse el individuo pasa públicamente por lo que no es (el rasgo de identidad no es visible). Finalmente, el individuo puede no ser obligado a ocultar su identidad pero sí a encubrirla (*covering*): le es permitido retener su identidad e incluso hacerla pública pero no le es permitido enorgullecerse de ella, exhibirla u ostentarla. Según Yoshino es el caso del negro obligado a usar un corte de pelo convencional entre blancos, a no ostentar un corte *black power*.

Un segundo elemento importante es el desenmascaramiento del sentido común vigente. Las declaraciones del comienzo de este texto evidencian que se utilizan en relación a un grupo determinado de ciudadanos palabras ofensivas e injuriosas sin mayores consecuencias. Sin embargo, si a tal manifestación pública le siguieran interpelaciones por su carácter discriminatorio e inconstitucional, ciertamente el derecho contribuirá en la disminución del estigma en su lugar propio, que es el espacio público. En el espacio meramente privado nadie está obligado a convivir con gays: huya de ellos, si puede, pues suelen estar por todas partes, inclusive en las familias heterosexuales. Es más, nacen y viven en familias, aunque muchas veces bajo torturas físicas y psicológicas. Una de las consignas del movimiento gay internacional es: “*we’re queer, we’re here, get used to it*” (“somos maricas, estamos aquí, hágase a la idea”, una traducción limitada, pues “*queer*” es un término común de dos géneros y “*get used to it*” es un poco más provocativo de lo que la traducción sugiere).

En tercer lugar, el derecho puede descubrir el tratamiento diferenciado de las más variadas maneras: se infiltran criterios pseudocientíficos en las evaluaciones de adopción, de tutela de niños, de distribución de beneficios de salud (derechos sociales, dígase de paso) y de ocupación de cargos públicos. Exponer ese tratamiento diferenciado ayuda a romperlo pues coloca en el ámbito público las muchas violencias que un grupo de ciudadanos sufrió, sufre y todavía continuará sufriendo por algún tiempo.<sup>2</sup>

Tomemos nada más que pequeños ejemplos de sufrimientos impuestos a un grupo particular de ciudadanos, para tener una idea de la manera en que el derecho encubre prácticas violentas y francamente inconstitucionales.

Herrero Brasas (2001, p. 323) expone un retrato de la violencia a que desde muy temprano, en la infancia o en la juventud, se someten los homosexuales, hombres y mujeres. Señala que hay una violencia activa, que todos notan, y una pasiva o, diría yo, encubierta y psicológica. Esta se da “en el insulto público, en los gestos burlones y en la ridiculización, como manifestaciones de acoso a un grupo social”. Junto con esta, es también violencia social y silenciosa “la falta de protección judicial contra estas acciones simbólicas”, que están en los discursos, en los símbolos, en la cultura de forma general. La falta de acción jurídica es un consentimiento, una complicidad con esa violencia diuturna, una

evidencia de la “denegación de igualdad plena”. Y es necesario añadir aún lo que Herrero Brasas (p. 324) denomina

*[...] abandono y terror que sufre el adolescente que descubre su orientación gay o lesbiana, que se somete sin alternativa al degradante chantaje emocional de su familia. [...] La persona más joven y vulnerable queda condenada al silencio y a la tortura psicológica y emocional sin que las autoridades lleven a cabo ninguna campaña de concientización sobre la realidad gay o lesbiana ni fomenten programas informativos para sus familias. Todo esto causa un sufrimiento concreto [...], se lo vive como expresión de odio a su persona.*

Tal pasividad estatal y jurídica muestra de qué manera se naturalizó la violencia contra este grupo particular de ciudadanos: se habla en la defensa de niños y adolescentes, pero ¿cuánto se hizo a favor de un grupo que justamente en la infancia y en la adolescencia es de los que más sufre la violencia y la degradación? ¿No hay ahí un papel para el derecho?

Paralelamente a estas observaciones se puede agregar la tipología desarrollada por Axel Honneth (1996, pp. 129-134), según la cual la negativa de reconocimiento genera una violencia física (o abuso físico), que es el impedir que alguien esté seguro en el mundo, y una violencia no física. Esta se desdobra en dos formas típicas. La primera es la exclusión de alguien de una esfera de derechos, negando a la persona autonomía social y la posibilidad de interacción. A esto el autor lo denomina ostracismo social: “La forma de reconocimiento de que ese tipo de desconsideración priva a una persona es el respeto cognitivo por el estatuto de responsabilidad moral que tan costosamente tuvo que ser adquirido en el proceso de interacción social” (p. 133).

La segunda forma de violencia no física, propiamente, es el negarle valor a una forma de ser o de vivir, y es esta la que está por detrás de las formas de tratamiento degradante e insultante a ciertas personas y grupos, pues promueve la falta de respeto por formas individuales o colectivas de vivir. Aún de acuerdo con Honneth (p. 134):

*Para los individuos, por lo tanto, la experiencia de esa desvalorización social trae consigo normalmente una pérdida de la autoestima, de la oportunidad de verse como seres cuyos rasgos y*

*habilidades deben ser estimados. Por lo tanto, la especie de reconocimiento de que ese tipo de falta de respeto priva a la persona es la de la aprobación social de una forma de autorrealización que él o ella tuvo que descubrir, a despecho de todos los obstáculos, con la fuerza de la solidaridad de grupo. Naturalmente, cada uno solo puede relacionar esas especies de degradación social consigo en tanto persona individual, ya que los patrones establecidos e institucionalizados de autoestima fueron históricamente individualizados, es decir, porque esos patrones se refieren valorativamente a las habilidades individuales antes que colectivas. Por eso, esa experiencia de falta de respeto, como la de negativa de derechos, está ligada a un proceso de cambio histórico.*

Es la misma violencia denunciada por Didier Eribon (2000):

*Lo que la injuria me dice es que soy alguien anormal o inferior; alguien sobre quien el otro tiene poder y, antes que nada, el poder de ofenderme. La injuria es, pues, el medio por el cual se manifiesta la asimetría entre los individuos. [...] Esta tiene igualmente la fuerza de un poder constituyente. Porque la personalidad, la identidad personal, la conciencia más íntima, es fabricada por la existencia misma de esa jerarquía y por el lugar que ocupamos en ella y, pues, por la mirada del otro, del “dominante”, y la facultad que este tiene de inferiorizarme, insultándome, haciéndome saber que puede insultarme, que soy una persona insultable e insultable hasta el infinito. (p. 57)*

*La injuria homofóbica se inscribe en un continuo que va desde la palabra dicha en la calle que cada gay o lesbiana puede oír (maricón descarado, tortillera descarada) hasta las palabras que están implícitamente escritas en la puerta de entrada de la sala de casamientos de la municipalidad: “prohibida la entrada de homosexuales” y, por lo tanto, hasta las prácticas profesionales de los juristas que inscriben esa prohibición en el derecho, y hasta los discursos de todos aquellos y aquellas que justifican esas discriminaciones en los artículos que se presentan como elaboraciones intelectuales (filosóficas, sociológicas, antropológicas, psicoanalíticas, etc.) y que no pasan de discursos pseudocientíficos destinados a perpetuar el orden desigual, a reinstituirlo invocando la naturaleza, la cultura, la ley divina o las leyes de un orden simbólico inmemorial. Todos estos discursos son actos, y actos de violencia. (p. 62)*

Ahora bien, es sobre el hecho básico de la injuria y de la violencia que ciertos dispositivos del ordenamiento jurídico silencian o permiten su ocurrencia, al aceptar el discurso de algunos juristas. Es ese silencio u omisión lo que los derechos de reconocimiento pretenden abolir. De hecho, hay una cierta contradicción cultural al predicarse la tolerancia y asustarse con la violencia gratuita y cruel de la que son víctimas los homosexuales, pero mantener como discurso oficial y correcto la violencia generalizada de la ofensa y dentro de las familias, el “chantaje” mencionado por Herrero Brasas. Hablar de derecho al reconocimiento es hablar de abolir tales prácticas sociales, o por lo menos hacerlas salir del silencio que puede servir para mantener su existencia.

Eribon y Honneth dicen que las injurias son formas de ofensa y violencia. Se puede incluso decir que las injurias consistentes en la negación de derechos permiten propagar una visión negativa de los homosexuales. La negación de derechos, los discursos que públicamente afirman que no se puede condenar a los homosexuales, pero que tampoco se los debe estimular, tienen como resultado el estímulo contrario, esto es, el estímulo a las violencias física y moral contra ellos. Ya que no pueden tener iguales derechos, el mensaje de los juristas que así se pronuncian refuerza los prejuicios e ideas pseudocientíficas divulgadas por ahí. Es un mensaje de desigualdad.

La descripción de los insultos y de la violencia de la que son víctimas los homosexuales revela una violación a sus derechos fundamentales. No es difícil notar que el tratamiento dispensado socialmente a los homosexuales – a veces por los propios servicios del Estado o por servicios de relevancia pública, como en hospitales y escuelas – constituye un tratamiento degradante, vedado por el Artículo 5, inciso III, de la Constitución brasileña. Otras tantas pretensiones de ciertos grupos sociales consistirían en violaciones a la conciencia y a la creencia de esa parcela de ciudadanos (mismo artículo, inciso VI). Además, la honra y la intimidad de las personas fue tratada constitucionalmente como bien inviolable (inciso X), y muchas formas de comunicación pública y expresión social de desprecio dirigidas a gays y lesbianas son seguramente violaciones a su honra y a su intimidad. Y todo esto sin mencionar que la propia Constitución prevé una recomendación al legislador (y, podemos agregar, a todo órgano público con poderes semilegislativos) de punir “toda discriminación atentatoria a los derechos y libertades

fundamentales” (inciso XLI). Estos derechos individuales, tratados como derechos fundamentales de cualquier miembro de la sociedad brasileña, ya serían suficientes como para demostrar cuánto hay de ilícito jurídico en la continuidad institucionalizada de los estigmas antiguos.

Pero lo que ciertamente fundamenta las reivindicaciones contra el tratamiento desigual y discriminatorio y la reacción a expresiones públicas de desprecio es el principio de la dignidad de la persona. El Estado brasileño – la institución de la vida pública y común de la sociedad brasileña – se basa en la “dignidad de la persona humana” y en el “pluralismo político” (Constitución Federal, Artículo 1, incisos III y V). La dignidad de la persona está bien expresada en la fórmula kantiana: el valor de cada ser humano, que no puede ser cambiado por nada, no puede ser comprado por nada y no puede ser instrumento de nada. Ningún ser humano puede ser usado por otro o por la colectividad y no puede ser usado ni siquiera como un ejemplo, como un chivo expiatorio. Para el pluralismo, el fundamento de la convivencia política en Brasil es la tolerancia recíproca. Estas son demostraciones básicas (y hasta elementales) de que la democracia brasileña, es decir, el sistema jurídico público en Brasil, adopta las precauciones necesarias para que no se permitan la intolerancia o la opresión social entre grupos sociales. Nuestro sistema jurídico garantiza y valoriza la pluralidad de formas de vida y de pensamiento, y no legitima que el Estado patrocine la uniformización, el conformismo y la sumisión.

La negativa de derechos sumada al tradicionalismo del *statu quo* mantiene y fomenta las formas más evidentes de violencia física y es en sí misma una ofensa al régimen democrático de iguales libertades. No es de extrañar que, bajo el silencio del sistema jurídico – tal como es entendido por las expresiones no democráticas más comunes – se cultive la intolerancia. En un orden democrático, esa discriminación sexual es jurídicamente ilícita. En un Estado democrático, la defensa del orden social se restringe a la defensa de instituciones que puedan pasar por la prueba de la universalización y de la crítica, y esto sustentaría los tratamientos diferentes, justificados por la necesidad de mantener las condiciones de convivencia social con libertad igual para todos. Pero hoy no pasan esta prueba las ideas preconcebidas sobre las relaciones afectivas y eróticas entre personas del mismo sexo.

Decir que tales relaciones no deben ser reconocidas porque



contrarían la índole religiosa y la moral universal, incide en la prohibición constitucional de que el Estado aplique coercitivamente a todos los ciudadanos un conjunto determinado de convicciones religiosas. Los argumentos de convicción religiosa no se pueden usar con legitimidad en el espacio democrático cuando están fundamentados en sí mismos, pues ninguna religión determinará obligaciones, deberes y derechos para todos los ciudadanos ya que no todos comparten la religión que se pretende o que es dominante. La libertad de creencia, una de las marcas de la democracia, impide que se impongan a todos deberes que se justifican solo para los seguidores de determinado credo. Basarse en la revelación cristiana, judía o islámica no es suficiente (menciono expresamente estas tradiciones porque las relaciones homosexuales no son objeto del mismo tabú en muchas otras religiones y culturas).<sup>3</sup>

La libertad religiosa es, por lo tanto, una barrera democrática y constitucional para argumentos en este sentido, cuando se trata de legislación estatal. El Artículo 5, inciso VI de la Constitución brasileña es explícito: “Es inviolable la libertad de conciencia y creencia, quedando asegurado el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantizada, en la forma de la ley, la protección a los locales de culto y a sus liturgias”. Ahora bien, si la libertad de conciencia es inviolable, aquellos que no comparten las convicciones religiosas de los otros (aunque los otros sean la mayoría) no pueden someterse a leyes cuya razón de ser se justifica solo en la creencia religiosa.

La Constitución Federal añade a la libertad de conciencia otro elemento importantísimo para el debate: “Nadie será privado de derechos por motivos de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo si se las invoca para eximirse de obligaciones legales a todos impuesta y rehusarse a cumplir prestaciones alternativas establecidas por ley” (Artículo 5, inciso VIII).

La convicción religiosa ajena no puede, por lo tanto, privar de derechos a un grupo social que no se rehúsa a cumplir los deberes generales de ciudadanía. Además de ser libres para creer, los ciudadanos brasileños son libres para no ser privados de derechos porque grupos religiosos hayan hecho leyes fundadas en sus convicciones religiosas. Decir, por lo tanto, que no se extienden a ciertos grupos (como gays y lesbianas) derechos que existen para otros por la “índole religiosa” de la mayoría o por el “derecho natural” de carácter revelado o pseudocientífico (y si

3. Este no es el espacio adecuado tampoco para poner en duda la propia fundamentación religiosa del tabú. Como distintos teólogos lo han dicho, es una señal evidente de mala fe que las religiones elijan selectivamente lo que sobrevive de su propia tradición y quieran imponer esa selección a todos. Así, hay no pocos grupos inspirados en los textos sagrados del judaísmo y del cristianismo que ignoran las obligaciones de sacrificios animales, los ritos de limpieza y segregación de enfermos y mujeres, los tabúes alimentarios, entre otras cosas ¿Según qué criterio continuarían siendo abominables las relaciones entre personas del mismo sexo y no los tabúes alimentarios?

no es científico es una creencia, una cuestión de conciencia) es contrariar directamente el derecho constitucional.

Lo mismo vale para una afirmación como la de que “nadie será feliz así”. Pues bien, el derecho moderno y democrático no pretende hacer la felicidad de las personas. Las personas pueden ser felices de la manera que quieran, siempre que no causen daño y no impidan a otros de la misma manera buscar la felicidad. Este es el sentido de la libertad civil y de la tolerancia entre ciudadanos de un Estado democrático. No es responsabilidad del Estado hacer felices a sus ciudadanos en la vida privada, y la felicidad ajena debe ser un problema ajeno. En una frase muy pertinente, J. R. Lucas (1989, p. 262) dice que la expresión “ocúpese de su vida” es un buen resumen de un principio de justicia y de tolerancia. “‘Ocúpese de su vida.’ Aunque sea una definición inadecuada de justicia, es un correctivo importante para una exagerada solicitud con los otros. Hay [...] una ligazón conceptual entre la justicia y la libertad, en la medida en que es parte de las exigencias de justicia que cada individuo pueda hacer su propia vida”.

La solidaridad social en sociedades de masa, burocráticas y democráticas, tolerantes y, en una palabra, justas, no equivale al control público de las felicidades particulares. Ni siquiera equivale al control social: la libertad contra la injerencia ajena es uno de los grandes beneficios de la democracia, un aspecto que la hace deseable.

Otra línea de argumentos para que el sistema jurídico ignore los derechos de los homosexuales y no los “estímule” busca basarse en razones de orden científico de dos naturalezas. Una afirma que lo natural es lo que existe empíricamente, y lo antinatural es lo que no se encuentra en otras especies animales. La segunda mezcla las funciones y regularidades de la naturaleza con la finalidad de la acción humana y transforma funciones naturales en prescripciones morales (deriva el **deber** del **ser**, como dijo Hume).

En la primera línea se argumenta que es antinatural la convivencia de personas del mismo sexo y que no existen ligazones de este tipo en la naturaleza. En este sentido, el fundamento alegado para la legislación es simplemente equivocado: decir que las uniones erótico-afectivas entre seres humanos del mismo sexo son “antinaturales” porque no existen en la naturaleza solo demuestra ignorancia de hechos. Y si existen

hechos en la naturaleza, el argumento no se sostiene, como está probado por las evidencias empíricas: ya se constató que varios mamíferos establecen relaciones entre individuos del mismo sexo.

En la segunda línea de razonamiento, antinatural quiere decir contra las finalidades de la naturaleza, y en ese sentido el argumento presenta dos problemas. El primero se refiere a la finalidad de la naturaleza, que no puede ser determinada por la ciencia. Para eso sería preciso suponer la existencia de un sujeto o una conciencia por detrás de las regularidades naturales; equivaldría a personificar la naturaleza. Por eso mismo, en la ciencia moderna la funcionalidad de los eventos no se confunde con su finalidad. Transformar las funciones naturales en fines es un error del orden de las categorías e invalida el razonamiento. Aunque los contactos sexuales sean funcionales para la reproducción de las especies, no se puede derivar de ahí que la finalidad de esos contactos entre los seres humanos sea, o deba ser, la reproducción de la especie.

La moral y la ética son el campo en que se construyen y se interpretan las conductas humanas que no dependen de las determinaciones naturales. Los seres humanos valen como personas justamente porque son capaces de darse fines (a esto se denomina autonomía) y solo pueden hacerlo en contraste con las regularidades determinantes de la naturaleza. Valen porque son sujetos y no objetos. El fin no es cumplir con un determinismo natural. Nadie tiene por finalidad morir: esto se descarta, ya que de todas maneras, todos moriremos. En argumentos morales, no es sencillo invocar a la naturaleza como determinadora de prescripciones: la naturaleza no es prescriptiva, es determinante, lo que es muy diferente.

Incluso la teología cristiana dejó de lado en el siglo pasado una afirmación tan simplista como esa. Específicamente en la tradición católico-romana, la constitución *Gaudium et Spes*, de 1965, expresa: “El matrimonio, sin embargo, no fue instituido solo para el fin de la procreación” (GS, 50). Y enfatiza que el matrimonio consiste en la expresión de un amor: “Este afecto se expresa y realiza de manera singular por el propio acto del matrimonio. Por eso, los actos por los cuales los cónyuges se unen íntima y castamente son honestos y dignos” (GS, 49). Siguiendo esta línea, pasados ya los años del gran debate a mediados del siglo XX, el *Catecismo* oficial (de 1992) estipuló que, más allá de la transmisión de la vida, una finalidad tan

importante del matrimonio, es el “bien de los cónyuges” (Parte III, Sec. II, Cap. II, Art. 6).

Si no fuera así, debería estar prohibido mantener relaciones sexuales (y afectivas) y casarse, por ejemplo, para todos los seres humanos infértiles. Pero desde siempre se descartó la simple impotencia *generandi* como causa de anulación de matrimonios. El *Código de derecho canónico*, vigente desde 1983 para la iglesia romana, consolida la larga tradición al respecto: el Canon 1084, parágrafo 1º, trata la impotencia *coeundi* como impedimento para el matrimonio, pero dice expresamente en el parágrafo 3º: “La esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio [...]”.<sup>4</sup>

Basándose en esta valorización del bien recíproco de los cónyuges, Michael Sandel (1996, p. 104) critica la defensa de los derechos de los individuos homoeróticos que solo se basan en la libertad negativa (una tolerancia negativa). Para él, se puede proponer también un argumento positivo diciendo que las relaciones de amor entre individuos del mismo sexo son buenas, como es buena toda relación de amor. Por eso, no solo por respeto a la libertad, sino también por respeto a la idea de bien, no debería ser difícil para los tribunales valorizar positivamente estas relaciones.

Finalmente, el argumento dicho científico contra el “estímulo” a las relaciones eróticas y afectivas entre personas del mismo sexo parece enredado en una fuerte contradicción. Al mismo tiempo que afirma que la orientación homoerótica es contraria a la naturaleza porque en la naturaleza no habría homoerotismo (información que ya no se sostiene) sugiere que se trata de una elección orientada por la convivencia y por la educación. El argumento presume simultáneamente que la “naturaleza” determina cosas para todos los seres menos para los humanos (para los cuales la orientación sexual dependería de estímulos y no de determinismos naturales); y que el derecho debería, en caso de que la naturaleza fallara, actuar ocupando su lugar. Pasa a ver el problema como una “enfermedad” del comportamiento y, lo que es peor, una enfermedad contagiosa.

La afirmación es de dudosa coherencia. Como se sabe, la inmensa mayoría de los gays y lesbianas nace en familias de heterosexuales y convive la mayor parte de su vida con heterosexuales (población mayoritaria), es más, en ambientes en los cuales se los somete a toda suerte de violencia moral y física, como se sabe. ¿Cómo, por qué y por quién se sentirían

4. En el *Código de derecho canónico* de 1917 las mismas reglas estaban en el Canon 1068, parágrafos 1º y 3º.

estimulados a pertenecer a ese grupo vulnerable y sujeto a tantas limitaciones de orden social, a tanta violencia y humillación a lo largo de la historia? El argumento parece suponer que el reconocimiento público de tales relaciones estimularía a los heterosexuales a convertirse en gays y lesbianas. ¿Qué especie de contagio es ese que puede transformar a alguien gay, pero no puede transformar a alguien gay en hétero? Así, concluye que la orientación sexual es cultural y social, por lo tanto, no es natural. Si estuviera determinada por la naturaleza no podría ser modificada. Pero si no es natural, el argumento de que se está prohibiendo una conducta basada en la naturaleza pierde sentido.

Por eso, la prohibición de dar a gays y lesbianas los mismos derechos debe basarse exclusivamente en argumentos morales, pero si se pretende mantener una sociedad libre y democrática se requieren argumentos de moral crítica y no tradicional. Claro que nada de eso vale si la concepción de espacio público de derecho y de política es intolerante, tradicionalista y asimilacionista. Si lo que está en juego es realmente la imposición de la homogeneidad (étnica, religiosa, política o sexual), entonces la diferencia de orientación sexual es tan maléfica como otra cualquiera, y no es de extrañar que durante el régimen nazista los homosexuales también fuesen enviados a los campos de concentración.

Los argumentos laicos y críticos deberían, pues, ser fundamentales. Y entre los argumentos laicos y críticos no hay uno que logre invalidar el principio de que, entre adultos libres, ciertas interferencias del Estado no pueden aceptarse.

### **El derecho al reconocimiento ¿cómo se dará?**

El reconocimiento consiste en la afirmación y en la valorización positiva de ciertas identidades. El derecho al reconocimiento, por lo tanto, debe afirmarse como un derecho en primer lugar, y será necesario traducirlo en esfuerzos públicos – estatales y no estatales – que retiren de un grupo estigmatizado las consecuencias jurídicas de un estigma social.

¿Cómo sería posible convertir en deberes ese derecho al reconocimiento, y a quién debería beneficiar? Retomo brevemente el tema del derecho subjetivo. A partir del siglo XVI, el ejemplo más evidente de derecho subjetivo es el de *dominium*, que a lo largo del tiempo se resumió a la propiedad – como la

5. Iris M. Young (1996) no acordaría con ese análisis. Para ella, la distribución se produce con bienes que pueden ser individualizados (ingresos, oportunidades, etc.), lo que no es el caso del respeto, y la política de identidades no busca distribuir algo, sino desmontar sistemas de opresión (¿la distribución terminaría con la explotación?). Aun así, creo que se puede hablar de distribución si imaginamos que la imagen de grupos sociales constituye un producto social, algo común (indivisible) y que puede ser modificado. En la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles presenta la honra como ejemplo de objetos que se distribuyen de manera proporcional. Es cierto que la honra en una sociedad no igualitaria es diferente del respeto en una sociedad democrática; pero el respeto existe justamente en la medida en que es universal e igualmente distribuido. Tratar el tema bajo la forma de justicia distributiva también me parece importante, por ser jurídicamente relevante: las relaciones conmutativas permiten soluciones jurídicas de adjudicación simple y bilateral, mientras que las relaciones distributivas exigen soluciones de adjudicación plurilateral o administrativa.

imaginamos hoy —, pero antes abarcaba una serie de otros poderes, como la propia jurisdicción. Príncipes y padres de familia tenían no solo el dominio mercantil y económico de las cosas, sino también poderes de señorío sobre sus súbditos y parientes. Ahora bien, lo importante es que el derecho subjetivo terminó por ser tratado ejemplarmente en el campo de la propiedad bajo dos aspectos. En primer lugar, en cuanto a su concepto: tiene la propiedad quien la puede usar, gozar y de ella disponer. En segundo lugar, las formas de transferencia de poder vinieron a componer el gran campo de las obligaciones. Por eso, definir los poderes y decir cómo circulan entre las personas resume bien la reflexión sobre los derechos subjetivos. Sin embargo, la discusión de los derechos subjetivos, de esta forma, se produce dentro de las reglas de la conmutación. Presupone que lo importante es definir cómo las cosas cambian de manos y cómo van a parar a manos de sus detentores.

Una esfera distinta es la de la reflexión sobre la distribución. En ella, el problema no consiste en defender derechos ya existentes, sino en atribuir derechos imaginando que aún no están distribuidos. No se trata de una reflexión histórica, sino de una reflexión crítica sobre quién debe tener qué. Las reglas de distribución tienen una dificultad particular: no presumen que ya existan titulares de derechos subjetivos, presume solo que todos deben tener acceso a cierto bien. Las reglas de distribución difieren de las reglas de conmutación porque no atribuyen derechos de unos frente a otros (a otro, como derecho personal; a todos los otros, como derecho real), sino a derechos de todos frente a todos. Los ejemplos más evidentes de distribución son las reglas societarias. Hay derechos que son de todos los socios antes de ser derechos de un socio contra otro socio, o contra la sociedad.<sup>5</sup>

Creo que, de base los derechos al reconocimiento necesitan ser planteados en esta esfera. La lucha por los derechos al reconocimiento es lucha por distribución, la distribución de un bien que solo existe y solo se produce socialmente: el respeto. No se trata aquí de un respeto conmutativo, sino de un respeto distributivo y, por lo tanto, universal. Cuando una sociedad se organiza de manera jerárquica y desigual, no se puede distribuir el respeto de forma igual o universal. En el lenguaje político antiguo, la honra consistía exactamente en el respeto desigual: algunos lo tenían, otros no; algunos tenían más (mayor honra)

y otros menos (menor honra); en estos términos, era tratada como un bien escaso, que no podría tener una distribución igualitaria para todos. El respeto, a su vez, es la contrapartida de la dignidad universal.

El respeto mismo, la valoración o valorización igual de los seres humanos, queda condicionado a la producción social de una imagen positiva o negativa, de un rasgo que identifica a un grupo: el color de la piel, el nivel de educación, la procedencia étnica, el género o la orientación sexual. Y la producción de ese respeto a veces depende de cómo es la recepción social de la característica principal de la imagen socialmente creada: ¿es visible o invisible, mutable o inmutable? Hablo también de respeto distributivo, tomando en cuenta que el “respeto” es un bien indivisible, producido socialmente. Así, si la imagen de cierto grupo es negativa, esta distinción es una producción social.

El problema jurídico nuevo es la disputa por la imagen pública. La reparación de la injusticia, en este caso, no es solo de carácter individual, sino social. La lucha por el reconocimiento es una disputa por el reconocimiento de la dignidad de la persona humillada por la mayoría; y es también una lucha contra la injusticia que consiste en humillar a un grupo entero. De esta forma, no es una lucha por el convencimiento de la mayoría en cuanto al valor de una minoría, sino una lucha por el pluralismo. Naturalmente, el pluralismo y la tolerancia tienen límites: los intolerantes, por ejemplo, pueden a veces ser contenidos. Para que gays y lesbianas sean reconocidos y tolerados en esos términos es necesario que no se confundan, siendo ellos mismos intolerantes, o asumiéndose como un grupo que desea dominar el espacio social. Este es uno de los temas subyacentes a varios discursos contrarios al reconocimiento de gays y lesbianas (considerados como “corruptores”, traidores de la vida social). No se trata simplemente de dar a cada ser humano que encaja en aquel grupo estigmatizado la oportunidad de deshacerse del estigma. Se trata de desestigmatizar a todo el grupo, demostrando que el estigma se basa en prejuicios y discriminaciones inaceptables en el espacio público democrático.

Los derechos subjetivos tradicionales eran asimilados a la propiedad: la propiedad de sí mismo y de sus cosas componía el núcleo de la idea de derecho subjetivo. Tener derechos significaba ser dueño de sí y de sus cosas. En consecuencia, tener derechos significaba disponer de protección judicial contra actos que

violaran la persona y la propiedad de cada uno. De modo general, esto se hacía por la criminalización o sanción civil de conductas, dando a las víctimas la posibilidad de buscar la cosa, o su equivalente en dinero, a título de indemnización. La garantía de un derecho subjetivo se daba por los instrumentos de la justicia conmutativa (correctiva o retributiva): devolver a alguien la cosa que le pertenece, recomponer el perjuicio causado, aplicar una pena proporcional a la lesión inflingida a otros.

Es natural que la defensa jurídica del derecho de propiedad o de la libertad se dé cuando alguien ya es propietario o libre. El no propietario y el esclavo no tienen qué defender. Para que puedan tener algo es necesario que afirmen un derecho a la distribución de las cosas y de la libertad. En estos términos, la distribución es un antecedente lógico de todos los derechos. Esta distribución fue objeto de lucha por los derechos sociales en los siglos XIX y XX. Los derechos sociales fueron, pues, derechos de distribución o de redistribución. En la distribución no es que cada uno tiene una cosa: cada uno tiene un derecho a parte de alguna cosa que es común. Los derechos de los accionistas a los dividendos son exactamente de esa naturaleza. Nadie dirá que los accionistas, hasta tanto no se realice la distribución de los dividendos, no tienen derecho a ellos. Hasta que no se realice la división, no tienen derecho a parte determinada de los dividendos pero ya tienen derecho a los dividendos. Tan es así que la dirección de la sociedad no puede practicar ciertos actos porque hieren un derecho (de contenido aún indeterminado). Los accionistas gozan, por eso mismo, de remedios que pueden ser llamados “colectivos” o “difusos”, porque tienen derecho a algo que permanece indiviso: mientras la ganancia no sea “distribuida” cada accionista tiene un derecho suyo y propio a una parte del fondo común (el resultado positivo de la actividad social).

Al hablar de derecho de reconocimiento, estamos hablando de algo más que del respeto debido a cada individuo bajo las reglas democráticas universales de tolerancia y libertad. Es cierto que el fundamento último del derecho al reconocimiento, o derecho a la diferencia, como dicen algunos, es el derecho subjetivo universal de libertad. Tiene razón Sérgio Paulo Rouanet cuando afirma que la defensa de ciertos grupos se basa en la defensa del derecho de los individuos de aquel grupo a conducir sus vidas, a ser tratados como seres humanos



independientemente de pertenecer a aquel grupo. Las mujeres quieren ser respetadas como seres humanos tan completos y valiosos como los hombres, y ese es el objeto final de la defensa de los derechos de las mujeres. Si para darles total y tan gran respeto es necesario reconocer las diferencias, que así se haga.

Siguiendo este razonamiento se puede llegar a decir que la diferencia jurídica es solo instrumental para la igualdad moral, y que la diferencia específica de quienes son gays o lesbianas permite diferenciarlos, negándoles algún derecho. Por eso, el derecho al reconocimiento pide que se discutan, del punto de vista social y jurídico, las valoraciones negativas dadas históricamente a cierta identidad. Pertenecer a un grupo de identidad no es lo mismo que pertenecer a una asociación voluntaria. De esta forma, la tolerancia para con los grupos de identidad es diferente de la tolerancia para con los grupos de opinión. Los grupos de opinión se aceptan porque no se obliga a nadie a pensar de una forma o de otra, y la confrontación de opiniones puede generar más luces y mejores decisiones. Pero de los grupos de identidad no siempre es posible salir y entrar libremente: no se cambia de etnia y orientación sexual como se cambia de opinión.

Hablar de “disidentes” es una cosa; de “diferentes”, otra. ¿La tolerancia extendida a los disidentes es la misma que se aplica a los diferentes? En el fondo hay muchas semejanzas: la tolerancia para con los disidentes parte de la comprensión de que la simple diferencia de opinión no transforma a nadie en traidor o asesino. De esta forma, la simple diferencia de opinión no justifica la eliminación del disidente ni la negativa de sus derechos civiles o políticos. Pero ciertas actitudes demuestran que el discurso que sostiene el rechazo a los derechos de los diferentes es el mismo discurso que predica la eliminación de los diferentes. Extranjeros u homosexuales solo podrían ser aceptados como iguales si renunciaran a sus respectivas identidades. Para ellos, restarían dos opciones: o asimilarse (convertirse), o esconderse (ocultarse). El derecho de reconocimiento es un derecho a mantener su identidad, siempre que esta no impida la existencia simultánea de otras identidades. Es un desdoblamiento o una especialización de la tolerancia, la tolerancia de lo diferente.

Tal vez esto sea más problemático de lo que parece, pues la diferencia puede ser justamente aquello que se quiere preservar, y no abolir. Estos son los términos en que se da la discusión del

derecho a la diferencia y del derecho de reconocimiento, con dos significados distintos.

En primer lugar, el derecho a la diferencia puede significar exactamente lo mismo que los derechos fundamentales implican como programa democrático: que el legislador y los tribunales no tomen en cuenta ninguna característica individual para restringir los derechos de alguien, siempre que esa característica no se justifique como diferenciador suficiente. Diferencias de nacimiento, de etnia, de género, entre otras, están proscriptas del ordenamiento jurídico. Tratar a alguien de forma diferente en estos términos significa no reconocer a la persona individualmente por lo que ella es. El remedio jurídico para la falta de reconocimiento individual es la prohibición de tales actos por la regla de la isonomía. Y vale la pena recordar que esa isonomía siempre se crea socialmente: como se sabe, equiparar hombres y mujeres en todos los sentidos es una construcción hasta cierto punto reciente. Respeto a la diferencia quiere decir aquí, nada más que la deliberada irrelevancia de la diferencia, un intencional dejar de lado la diferencia empírica.

En segundo lugar, el reconocimiento puede significar la supresión de la valoración negativa de cierta identidad, ya sea para afirmarla positivamente, ya – y sobre todo – para afirmar que esa identidad, en lo que respecta a la vida social y político-jurídica, es irrelevante. En estos términos, no basta que el individuo tenga el derecho de ser tratado como todos los otros; este necesita probar – con esfuerzos heroicos – que es exactamente igual a los otros. Bajo esta segunda perspectiva, pasa a ser su derecho ver su diferencia específica respetada públicamente. El derecho al reconocimiento, en este momento, adquiere el aspecto distributivo que mencioné, ya que esa identidad no es exclusiva de un individuo, sino que pertenece a un grupo. Es ese bien común (una identidad) el que merece respeto público, que no significa ni admiración ni concordancia. Nadie está obligado a convertirse a los cultos afro-brasileños, al Islam o al cristianismo para respetarlos públicamente. Así como el derecho no obliga al amor, el respeto al pluralismo social no se confunde con el derecho al cambio de la convicción ajena.

Dijo Kant, de un modo muy inspirado, que el amor universal no puede significar simpatía o afecto universal, pero

puede significar y significa respeto universal. El derecho al reconocimiento significará, entonces, el respeto a cierta identidad colectiva. Martha Minow usó un título muy significativo en su trabajo sobre los derechos de las minorías (1997): *Not only for Myself*. Los derechos requeridos bajo esa forma de reconocimiento no son exclusivamente individuales, no son solo para mí. El reconocimiento que se exige, bajo la forma de derecho, es para “cualquiera”, es universal.

Ahora bien, esta construcción de la diferencia de modo positivo – o la desconstrucción de la diferencia negativa –, establece un conflicto en dos sentidos: en el sentido de que es necesario cuestionar la distribución del valor de las identidades y en el sentido de que la identidad de cada grupo es algo que se distribuye universalmente entre todos sus miembros.

En el primer sentido, el remedio a la discriminación, pasada y presente, debe incorporarse en prácticas que procuren cambiar, con vistas al futuro, las condiciones históricas heredadas: la divulgación de informaciones y la enseñanza de la tolerancia pasan a ser derechos de todos y a beneficiar a grupos sometidos tradicionalmente a la violencia física y moral y tradicionalmente tratados, como dice el derecho constitucional norteamericano, como “clase sospechosa” (Gerstmann, 1999, *passim*). El remedio a la discriminación pasada no es un privilegio, o derecho especial de un grupo, sino el remedio para una injusticia especial de la cual el grupo es víctima. Sin este remedio, la tendencia sería la perpetuación de situaciones históricas de injusticia.

En el segundo sentido, la violencia contra alguien por ser miembro del grupo puede ser considerada violencia u ofensa a todos. O sea, si la integridad física o moral de un miembro del grupo está en riesgo por el hecho de pertenecer a ese grupo, su seguridad y el respeto que le es debido se convierten en bien común (indivisible), que pertenece a todos. La intolerancia, una vez aceptada en la vida social, no conoce límites, y se crea un círculo vicioso de exclusiones. Por eso, las acciones civiles públicas también acá se revelan importantes, ya que, por definición, benefician a todos los miembros de una clase o grupo. La distribución se da por el propio resultado del proceso: todos los miembros del grupo se benefician de un resultado positivo, disminuyendo el riesgo de exposición de los más vulnerables.<sup>6</sup>

6. La acción civil pública tiene también problemas jurídico-políticos específicos, de los cuales señalo solo dos:

(1) puede ser usada de manera paternalista, pues posee algunos fundamentos claramente paternalistas, como idea de que los grupos por ella defendidos son hiposuficientes y necesitan un representante, porque son incapaces de defenderse a sí mismos; y (2) puede ser desmovilizadora, al estimular el comportamiento predatorio, que permite que un beneficiario de la acción no cargue con los costos. Estos dos “defectos” de la acción deben ser recordados por los que de ella hacen uso, pero es incuestionable que los problemas distributivos necesitan remedios judiciales específicos como lo es la acción civil pública.

## El Superior Tribunal de Justicia y el reconocimiento de homosexuales

Distintas resoluciones del Superior Tribunal de Justicia (STJ) brasileño muestran lo que es el derecho al reconocimiento en el primer sentido: el de la tolerancia, el de la libertad negativa y el de la no discriminación. La decisión del Recurso Especial 154857/DF, publicada el 26 de octubre de 1998, tal vez sea la más ejemplar (relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro). Habían impugnado la capacidad de testimoniar de un homosexual, alegando entre otras cosas su “desviación ética” [sic]. El STJ acepta el recurso para restablecer la capacidad del testigo. El argumento del STJ es típicamente de tolerancia y no discriminación: la orientación sexual de alguien no interfiere en su capacidad de testimoniar, y por eso no puede ser justificativa para no oírlo. “Así se concretiza el principio de la igualdad registrado en la Constitución de la República y en el Pacto de San José de Costa Rica”.

Lo importante en la decisión es que la discriminación por orientación sexual es considerada incompatible con la Constitución de la República (por ser violadora de los derechos fundamentales) y con el Pacto Interamericano de Derechos Humanos (como violadora de los derechos humanos, en la órbita internacional). Significa que una regla constitucional impide que la orientación sexual sea tomada como criterio para diferenciar a los ciudadanos.<sup>7</sup> En este caso, llamo la atención nada más que hacia el hecho de que las instancias locales de la justicia hayan sido capaces de invocar la orientación sexual del testigo como una “desviación ética”, y solo en la instancia especial esa “desviación” haya sido declarada irrelevante.

Otros casos se refieren al reconocimiento de derecho a partición o comunidad de bienes, en suma, al reconocimiento de una sociedad de hecho entre compañeros del mismo sexo. Aquí la cuestión es ligeramente diferente. Se puede decir que hay una forma de reconocimiento de las uniones del mismo sexo, pues se emplea idéntico fundamento (la existencia de un esfuerzo común en la construcción del patrimonio) al adoptado décadas atrás, cuando el vínculo del matrimonio era considerado indisoluble y la ley impedía más de un casamiento. En aquel momento, la convivencia entre heterosexuales en los moldes de matrimonio (*more uxorio*) no podía aceptarse formalmente, pero los tribunales daban a los integrantes de la pareja derechos patrimoniales

7. El argumento central del trabajo de Roger R. Rios (2000) es exactamente en esa línea: a pesar de no constar expresamente en la Constitución, la discriminación por orientación sexual es inconstitucional y violadora de los derechos fundamentales y de los derechos humanos.

recíprocos. Era un medio camino para la aceptación de la sociedad conyugal. Al recurrir a un argumento equivalente el STJ abre también una perspectiva para el reconocimiento de la unión. Pero hay una importante limitación: se trata del reconocimiento de las cuestiones patrimoniales, pero no de un reconocimiento positivo, como dijo Sandel (1996), que incluya las relaciones afectivas establecidas entre compañeros del mismo sexo.

Este reconocimiento está implícito en el Recurso Especial 148.897/MG. Allí el Tribunal reconoce que el compañero tiene derecho a partición de un bien común habido durante la convivencia, pero niega al sobreviviente la indemnización – pedida contra el padre del fallecido – por perjuicio moral por haber soportado solo los gastos de la enfermedad del fallecido. Como se puede apreciar, el Tribunal aplicó un razonamiento igual al que aplicaría a una pareja de heterosexuales: el marido o la mujer que sobrevive, en el actual sistema jurídico brasileño, no es indemnizado por las familias por haber sufrido con la enfermedad del cónyuge fallecido. Es que esa convivencia, “en la salud y en la enfermedad”, forma parte del “estado” conyugal, según los términos hasta hoy aceptados. Por eso, al conceder la partición del bien pero negar la indemnización, el STJ dio un paso más en el acercamiento de la convivencia gay y lesbiana a la convivencia de compañeros de sexos diferentes.

### **Conclusión – Al final ¿qué les es debido a los gays y lesbianas como derecho fundamental?**

Las cuestiones de derecho requieren resoluciones que permitan decir qué es lo “suyo de cada uno”. Cuando se habla de los derechos sociales, para que haya un “suyo de cada uno” es necesario que se defina, en primer lugar, qué es la parte común, de la cual cada uno tendrá lo “suyo”. En las sociedades capitalistas la propiedad común fue disuelta y todo se transformó en objeto de apropiación individual. En esas circunstancias se hizo necesario imponer la contribución de todos – de forma proporcional – a la formación de fondos comunes: por medio de impuestos y contribuciones. De estos fondos comunes sale, o debe salir, la provisión de los derechos sociales como, entre otros, salud, educación y jubilaciones. Vivimos hoy un período de crítica a ese modelo de constitución de fondos comunes, crítica orientada tanto a la ineficiencia de su gestión (en nombre de la

privatización), como a la posibilidad misma de su existencia (en nombre de la competencia entre agentes económicos).

Me parece cierto, de todos modos, que la satisfacción de los derechos sociales se produjo, del punto de vista del derecho, por estos dos mecanismos: creación de fondos y distribución de fondos comunes. Esos fondos permitieron “comodificar” (cosificar, transformar en mercadería o crédito) las expectativas de acceso a los resultados sociales de la producción económica. Al mismo tiempo, posibilitaron medir (aunque imperfectamente) los accesos permitidos a tales fondos. Al “comodificar” el acceso, el sistema jurídico creó tensiones muy específicas. Introdujo un gestor del fondo – el Estado – que parece ser en realidad el “dueño” del fondo. Esto fue determinante para permitir la universalización de los fondos, impidiendo que fuesen solo sectoriales o corporativos. Al mismo tiempo desvinculó, en la percepción de los juristas, las dos puntas del sistema: la contribución y la distribución. Parece que tales fondos pueden existir sin la contribución de nadie, y los conflictos jurídicos de contribución se discuten en una esfera, mientras que los conflictos de distribución se discuten en otra. La jurisdicción tributaria regula solo las relaciones del Estado con los contribuyentes (muy particularmente, claro, el capital) y adopta, en esta esfera, una actitud claramente restrictiva y protectora del contribuyente.<sup>8</sup> Los conflictos por la distribución se procesan de forma independiente, y permiten actitudes generosas para con el beneficiario. Al final, las cuentas tenderán a no cerrar.

Claus Offe (1991) observa que hay ahí evidencias de reglas distintas: una es la regla de la solidaridad, la otra, la del interés. En lo que respecta a los derechos sociales hay una “comodificación” que permite separar la solidaridad del interés. El interés aparece como si no tuviese contrapartida, y se afirma, pues, en los moldes del derecho civil individual. El derecho civil individual, más o menos como los derechos absolutos de Dworkin, es irresponsable, dice Offe (p. 84), puede ser exigido por el titular, sin tener que dar una contrapartida a nadie. El derecho social clásico, por su parte, presupone que hay solidaridad y que existe la contrapartida de un fondo social de solidaridad: su concesión depende de que exista ese fondo y de las respectivas reglas de acceso.

El derecho al reconocimiento se distingue del derecho social en un aspecto importante. Puede ser de difícil

8. La investigación de Marcus Faro de Castro (1997) muestra que en el 75,57% de los conflictos entre autoridades públicas y particulares las decisiones del Supremo Tribunal Federal fueron favorables a los particulares, lo que le permite decir que “el STF, incluso en su actuación de rutina, ha juzgado contrariamente a la prevalencia de las iniciativas del poder público, lo que incluye la implementación de políticas públicas” (p. 153).

“comodificación”. El reconocimiento, como dice Fraser (1997), no busca reparar una injusticia relativa a bienes materiales, sino a un bien inmaterial (moral, si se quiere), que es el respeto, la imagen pública de una persona y de un grupo. Ese derecho al reconocimiento difícilmente se establece con la creación de un fondo de indemnización, pura y simplemente. Por eso, señalé más arriba que el derecho al reconocimiento se refiere a un bien, el respeto recíproco y universal, que es el producto común (social) de la vida en sociedad. La imagen social de un grupo, como bien común, no puede ser distribuida de forma mercantil. Es distribuida universal e igualmente, y por lo tanto, se asemeja a los derechos absolutos de Dworkin y a los derechos irresponsables de Offe.

Quien pide el derecho al reconocimiento pide que la distribución de la identidad social no sea jerarquizante en función del rasgo de identidad específico. Pide que todas las identidades se traten jurídica y políticamente como equivalentes. Se trata de afirmar el derecho a ser diferente, y a que esa diferencia se torne irrelevante. Es una combinación de universalismo moderno e iluminista con pluralismo: reivindicación simultánea de universalismo y percepción social de *queer theory*. La disolución de las identidades sexuales, la afirmación de toda sexualidad, se hace en nombre de lo universal. Rouanet (2001, p. 89) recuerda que el universalismo es crítico justamente porque impide que las formas parroquianas de pensamiento y juicio pretendan una universalidad que no pueden tener. Así, dice, quien defiende el universalismo “condena el sexismo, no por identificarse con el estatuto femenino particularista, sino por negar la validez de todos los estatutos particulares y por considerar que estos estatutos son casi siempre creaciones imaginarias, destinadas a privar a los individuos empíricos de sus prerrogativas como titulares de derechos universales”.

El derecho puede proteger esta pretensión, por ejemplo, cuando se demuestra, en casos particulares, que personas gays y lesbianas son inferiorizadas en el tratamiento que reciben del sistema jurídico: solo en función del sexo de sus compañeros eróticos y afectivos, se ven privadas de beneficios extendidos a otros ciudadanos, como, entre otros, el simple derecho a prestar testimonio, el derecho de contribuir a la previsión social o de pagar impuestos. Y es más, se puede decir que los homosexuales tienen derecho a ser tratados con respeto universal en las

manifestaciones públicas de todos, y así como ya no se toleran discursos que inciten al odio entre grupos sociales, el derecho también sirve para cohibir las manifestaciones públicas ultrajantes. No se trata de hablar de la criminalización del tratamiento ofensivo dispensado a la persona gay o lesbiana, sino de delito contra la paz pública. Esta especie de delito tiene como víctima a la colectividad, pues atenta contra la convivencia democrática.

En resumen, mucho puede decirse y hacerse por el derecho; pero, dado el carácter aún oneroso para los individuos públicamente inferiorizados, es jurídicamente necesario, en muchas oportunidades, que las acciones sean tomadas por sustitutos procesales. Es así también porque la inferiorización de la que se trata tiene un carácter difuso (alcanza a cualquiera) y antidemocrático.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASTRO, Marcus Faro. “O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, vol. 12, n. 34, 1997.
- DEVLIN, Patrick. “Morals and the Criminal Law”. In: R. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- DWORKIN, Ronald. “Liberty and Moralism”. In: *Taking Rights Seriously*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977.
- ERIBON, Didier. *Papiers d’identité*. París: Fayard, 2000.
- FRASER, Nancy. “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época ‘postsocialista’”. In: *Iustitia Interrupta*. Bogotá: Universidad de los Andes – Siglo del Hombre, 1997.
- GERSTMANN, Evan. *The Constitutional Under-Class*. Chicago: University of Chicago Press, 1999.



- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- HART, Herbert. "Immorality and Treason". In: R. DWORKIN (ed.) *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963.
- HERRERO BRASAS, Juan A. *La sociedad gay: una invisible minoría*. Madrid: Foca, 2001.
- HONNETH, Axel. *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996.
- LUCAS, J. R. *On Justice*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- MILL, John Stuart. *On Liberty*. Nueva York: Meridian, 1974.
- MINOW, Martha. *Not only for Myself*. Nueva York: The New Press, 1997.
- OFFE, Claus. "El concepto de los derechos y el Estado del bienestar". In: E. OLIVAS (org.) *Problemas de legitimación en el Estado social*. Madrid: Trotta, 1991.
- RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. [Tesis de Maestría.] Rio Grande do Sul: Faculdade de Direito da UFRS, 2000.
- ROUANET, Sérgio Paulo. "A coruja e o sambódromo". In: *Mal-estar da modernidade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- SANDEL, Michael. *Democracy's Discontent*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- YOSHINO, Kenji. *Covering*. Trabajo presentado en el Seminario Latinoamericano de Derecho Constitucional. La Serena, Chile, 1999.
- YOUNG, Iris Marion. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.
- WINTEMUTE, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

E.S. NWAUCHE

Profesor visitante de Derecho en la Universidad de North-West, Sudáfrica.  
Profesor Asociado de Derecho en la Universidad Rivers State de Ciencia y Tecnología, Nigeria.

J.C. NWOBIKE

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Rivers State de Ciencia y Tecnología, Nigeria. Realiza su Doctorado en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex, Reino Unido.

## RESUMEN

La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1986, en lugar de resolver la cuestión de la existencia de un derecho al desarrollo, creó una polarización entre los países integrantes de la ONU. Los gobiernos del Sur reivindican su derecho al desarrollo, mientras que los países ricos del Norte se oponen a la existencia de ese derecho. Para resolver este impasse e implementar la Declaración, se le encargó al profesor Arjun Sengupta, Especialista Independiente en Derecho al Desarrollo de la ONU, hallar una forma de hacer operativo el relacionamiento entre los países desarrollados y los países en desarrollo. Este artículo hace un análisis comparativo entre el Pacto de Desarrollo propuesto por Sengupta y el Acuerdo de Asociación de Cotonou, establecido entre la Unión Europea y países de África y del Pacífico. Muestra cómo, aunque ambos comparten algunos aspectos, tales como igualdad, no discriminación y participación, esa coincidencia acaba cuando se trata del principio de responsabilidad. [Texto original en inglés.]

# IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO AL DESARROLLO

E.S. Nwauche y J.C. Nwobike



La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, desde que fue aprobada por las Naciones Unidas en 1986, viene levantando una estela de controversias.<sup>1</sup> Mientras que los países en desarrollo del Sur defendían una transferencia de recursos como base para el derecho al desarrollo, los países desarrollados, representando al Norte, negaban la existencia de ese derecho. Pese a todo, la reafirmación del derecho al desarrollo en ocasión de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos<sup>2</sup> realizada en Viena, en 1993, proporcionó una oportunidad para que el debate se trasladara de la retórica a una implementación efectiva. Se formó el Grupo de Trabajo Abierto y el Especialista Independiente para el Derecho al Desarrollo, profesor Arjun Sengupta, fue encargado de hallar una forma de hacer operativo el derecho al desarrollo.<sup>3</sup> Este especialista recomendó un Pacto de Desarrollo<sup>4</sup> (entre un determinado país en desarrollo, por un lado, y la comunidad internacional y las instituciones financieras internacionales, por el otro), como mecanismo para implementar este derecho.

El propósito de este artículo es examinar la aplicación práctica del Pacto de Desarrollo, mediante un análisis comparativo entre el modelo propuesto por Sengupta y el Acuerdo de Asociación de Cotonou,<sup>5</sup> que constituye un acuerdo de comercio, ayuda y desarrollo entre la Unión Europea<sup>6</sup> y 78

---

Ver las notas del texto a partir de la página 114.

---

Las referencias bibliográficas de las fuentes mencionadas en el texto están en la página 118.

---

Estados de África, el Caribe y el Pacífico [el grupo ACP: African, Caribbean and Pacific].<sup>7</sup> Los principales objetivos del Acuerdo son la reducción y futura erradicación de la pobreza, así como la paulatina integración de los Estados del ACP a la economía global, siempre con vistas a un desarrollo sustentable.<sup>8</sup>

La importancia de esta investigación debe evaluarse teniendo en cuenta el hecho de que la controversia sobre el derecho al desarrollo provocó – y continúa provocando – divisiones entre los gobiernos del Norte y del Sur.<sup>9</sup> Teniendo presente ese objetivo nos preguntamos: “¿qué es el mecanismo del Pacto de Desarrollo?”. A continuación, examinamos el fundamento conceptual del Pacto de Desarrollo propuesto por Sengupta, lo que nos dará las informaciones de fondo necesarias para el análisis comparado.

### **El mecanismo del Pacto de Desarrollo**

Para Sengupta, un Pacto de Desarrollo sería un acuerdo específico para determinado país, que define obligaciones recíprocas de países en desarrollo con el sistema de las Naciones Unidas, instituciones financieras internacionales y donantes bilaterales. Los países en desarrollo tendrían la obligación de poner en práctica el derecho al desarrollo, y la comunidad internacional la de colaborar en la implementación del programa. Si el país en desarrollo cumple su parte del acuerdo, la comunidad internacional tendría que tomar las medidas correspondientes, asegurando la transferencia de recursos y la asistencia técnica previamente acordadas.<sup>10</sup>

¿Cómo implementar tal pacto? De acuerdo con Sengupta, toda nación en desarrollo que tenga interés en un pacto de este tipo tendrá que comprometerse a elaborar e implementar sus programas nacionales de desarrollo basándose en la protección a los derechos, incluyendo la participación de la sociedad civil, la incorporación en el ámbito nacional de los instrumentos de defensa de los derechos humanos y la asignación de un papel de supervisión a las instituciones nacionales de derechos humanos.<sup>11</sup> El pacto se centraría en unos pocos derechos esenciales y en la obtención de determinados objetivos de reducción de la pobreza.<sup>12</sup> Sengupta sugiere que la Comisión de Asistencia al Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

(OCDE) podría organizar un “grupo de apoyo” para examinar, analizar y aprobar las políticas de desarrollo nacional del país en cuestión, identificar la división de los costos financieros y de las responsabilidades y obligaciones específicas de las partes signatarias del pacto, y acompañar la implementación del mismo. Los “compromisos rescatables” para una nueva línea de financiación y el “Fondo de Financiación de Pactos de Desarrollo” asegurarían la disponibilidad de recursos y podrían reforzar el valor total de la asistencia internacional.<sup>13</sup> La necesidad de financiación de un determinado pacto sería residual, si se hubieran implementado otras medidas de cooperación internacional, tales como programas bilaterales.<sup>14</sup>

El fundamento para la propuesta del Pacto de Desarrollo presentada por el Especialista Independiente se apoya en que los programas existentes para implementar este derecho imponen condiciones a los países en desarrollo, sin la contrapartida de obligaciones recíprocas por parte de la comunidad internacional. De acuerdo con Sengupta: “un programa exitoso depende no solo de un proyecto adecuado, de la especificación detallada de responsabilidades y de la definición de las formas de rendición de cuentas, sino también del reconocimiento de que las obligaciones son mutuas y las condiciones son recíprocas”.<sup>15</sup>

Estas “obligaciones mutuas” y “condiciones recíprocas” convirtieron el concepto de Pacto de Desarrollo en algo muy discutido.<sup>16</sup> Los países desarrollados se incomodaron, en la medida que este pacto procura imponerles condiciones. Por este motivo, la propuesta de establecer pactos de desarrollo no fue ni plenamente apoyada ni claramente rechazada, aunque fue tema de discusión en las reuniones del Grupo de Trabajo Abierto sobre el Derecho al Desarrollo, en la Comisión de Derechos Humanos y en la Asamblea General.<sup>17</sup>

La polémica que rodea al Pacto de Desarrollo se origina en la cuestión de cómo interpretar la consideración del desarrollo fundado en derechos humanos. Por la posición del Especialista Independiente, este es un enfoque de fortalecimiento (*empowerment*), que exige que los objetivos del desarrollo sean alcanzados en tanto derechos humanos. En otras palabras, las metas de desarrollo humano y social deben ser vistas como derechos que pueden ser legítimamente reivindicados por los individuos como poseedores de derechos

frente a quienes poseen los deberes, tales como el Estado y la comunidad internacional. Esta posición contrasta nítidamente con los enfoques basados en el derecho que adoptaron la mayoría de las agencias de desarrollo, las instituciones financieras internacionales y los donantes bilaterales. Estos defienden lo que puede ser definido como una visión instrumental de los derechos humanos. Se entiende que el objetivo principal del desarrollo es la reducción de la pobreza y que los derechos humanos son los medios para alcanzar tales objetivos, o principios a ser seguidos, sin constituir, por sí mismos, el objetivo del desarrollo. Dicho de forma simplificada, el objetivo de la ayuda al desarrollo es erradicar la pobreza y no el respetar y promover los derechos humanos.

Queda claro, por lo aquí expuesto, que la línea divisoria entre los oponentes sobre el enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos está en la definición de estos derechos. En otras palabras, ¿el impulso y la realización de los derechos humanos debe ser el objetivo fundamental del desarrollo, o tales derechos constituyen un medio para alcanzar el mismo?<sup>18</sup> Para evaluar mejor las posiciones asumidas por ambas partes, es necesario examinar más detalladamente el fundamento conceptual del Pacto de Desarrollo. Este se basa en el significado del derecho al desarrollo, más específicamente en la existencia o no de una obligación de asistencia y cooperación internacionales a la luz de los Artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, del Artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Artículo 2, parágrafo 1º, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

### **La base conceptual de los pactos de desarrollo<sup>19</sup>**

El Pacto de Desarrollo proviene de la interpretación que Sengupta hace del derecho al desarrollo como un proceso específico que facilita y permite la realización de todas las libertades y de todos los derechos fundamentales, ampliando incluso la capacidad y la posibilidad básicas de las personas de gozar de sus derechos. No puede ser igualado a un derecho a los frutos del desarrollo, ni a la suma de los derechos humanos existentes. No se refiere solo a hacer concretos los derechos individuales, sino también al modo como tales derechos se

concretan y se facilita el desarrollo.<sup>20</sup> Sengupta, además, argumenta que la reducción de la pobreza podría ser vista como la meta del derecho al desarrollo y que las estrategias nacionales de reducción de la pobreza, si se implementan basadas en el respeto a los derechos humanos, impulsarán un crecimiento económico con equidad y justicia. Define el enfoque basado en los derechos humanos como aquel que “respeto los procedimientos y las normas del derecho internacional de los derechos humanos, y que es transparente, pasible de rendición de cuentas, participativo, no discriminatorio, con equidad en el proceso de toma de decisiones y para compartir los frutos o resultados del proceso”.<sup>21</sup> En suma, un programa de desarrollo basado en los derechos humanos considerará las metas de desarrollo humano y social como derechos que pueden ser reivindicados por las personas, como titulares de tales derechos, contra quienes tienen las obligaciones correspondientes, tales como el Estado y la comunidad internacional.

La interpretación dada por Sengupta del desarrollo fundamentado en los derechos humanos surge de su deseo de establecer una distinción entre “reconocer el derecho al desarrollo como un derecho humano [...] y la creación de obligaciones legales relativas a este derecho”.<sup>22</sup> De acuerdo con su criterio, el reconocimiento de este derecho no tendría sentido si no existiese la obligación correspondiente al mismo.<sup>23</sup> Consecuentemente, el derecho al desarrollo instituye una obligación legal para los países desarrollados de proveer recursos y asistencia técnica a aquellos países que no disponen de la capacidad necesaria para ello. Esta interpretación plantea el problema de quién posee los derechos y las obligaciones en términos de derecho al desarrollo. En la interpretación de Sengupta, el poseedor del derecho al desarrollo es el individuo, en tanto que los poseedores de los deberes son el Estado, en el plano nacional, y los países desarrollados, en el plano internacional.<sup>24</sup>

Los países desarrollados rechazan la existencia de una obligación legal de proveer asistencia y cooperación internacionales, disponiéndose a aceptar solo una obligación moral y política. Para ellos, el poseedor del derecho al desarrollo es el individuo, pero el poseedor del deber es, fundamentalmente, el Estado-Nación, con contribuciones voluntarias provenientes de la comunidad internacional.<sup>25</sup>

La visión de los países desarrollados se basa en su preocupación con la posibilidad de que, asumiendo la obligación de proveer asistencia internacional a países en desarrollo, esa aceptación sea tomada como un *fait accompli* por esos países, que podrían llegar a descuidar su responsabilidad primordial sobre el desarrollo. En esta perspectiva, tal resistencia es comprensible.

Pero la obligación de dar asistencia podría ser vista de otra forma. Como Sengupta señala en su análisis, la responsabilidad por el desarrollo debe ser localizada en dos niveles, uno nacional y otro internacional. Esta distinción también fue enfatizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados Miembros, en los términos del Artículo 2, párrafo 1º, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>26</sup>

Si se estableciera por consenso que los Estados tienen la responsabilidad fundamental sobre el desarrollo en el plano nacional y que la comunidad internacional donante se responsabiliza en el plano internacional, se pueden empeñar esfuerzos para elaborar criterios (tales como indicadores de niveles de derechos humanos) para definir si el Estado nacional cumplió su obligación, imponiendo consecuentemente a la comunidad internacional la obligación de proveer la asistencia necesaria.<sup>27</sup> Hasta tanto los parámetros e indicadores de derechos humanos hayan sido definidos, el concepto de la obligación internacional de prestar cooperación y asistencia continuará cercado de controversias y sospechas.

Para concluir esta cuestión, observemos que el Pacto de Desarrollo es discutido porque se fundamenta en la premisa de que es posible controlar a los poseedores de deberes, identificar su culpa por no facilitar el proceso de desarrollo y exigirles sus obligaciones. Este aspecto fue correctamente descrito por Sengupta, al decir que la diferencia entre el enfoque adoptado por la Estrategia de Reducción de la Pobreza del FMI/Banco Mundial y por el Cuadro de Desarrollo Global, así como por los principales donantes bilaterales, por un lado, y la implementación del derecho al desarrollo como un derecho humano, por el otro, es el reconocimiento explícito de las obligaciones de las partes, incluyendo aquellas de la comunidad internacional.<sup>28</sup>



A la luz de las observaciones precedentes, encaramos el análisis comparativo del Acuerdo de Cotonou, para verificar si este responde al enfoque fundamentado en los derechos adoptado por el Pacto de Desarrollo.

### **Análisis comparativo del Pacto de Desarrollo y el Acuerdo de Cotonou**

El Pacto de Desarrollo y el Acuerdo de Asociación de Cotonou tienen en común algunos puntos fundamentales. En primer lugar, ambos constituyen acuerdos de desarrollo entre el Norte y el Sur; en segundo lugar, son de naturaleza contractual; y, finalmente, sus objetivos incluyen la reducción y erradicación de la pobreza. Sin embargo, para determinar en qué medida el Acuerdo de Cotonou responde al enfoque basado en los derechos del Pacto de Desarrollo, cabe, inicialmente, subrayar los rasgos que más se destacan en este enfoque. Una política de desarrollo fundada en los derechos implica un proceso equitativo, no discriminatorio, participativo, transparente y responsable. Y son estos parámetros los que guían nuestro análisis del Acuerdo de Cotonou.

#### *Equidad*

El concepto de equidad deriva del principio de igualdad entre todos los seres humanos, principio esencial en cualquier programa que se proponga implementar el derecho al desarrollo. En este sentido, el enfoque fundado en los derechos del Pacto de Desarrollo procura responder a la necesidad de igualdad en cuanto al nivel o la cantidad de beneficios resultantes del ejercicio de los derechos. Por lo tanto, las políticas y los programas microeconómicos deben estar basados en una estructura de desarrollo que reduzca las diferencias en la distribución de ingresos o, por lo menos, que no permita el aumento de tales disparidades.<sup>29</sup> Esto significa colocar a la persona en el centro del marco de desarrollo, haciéndola su beneficiaria. Este aspecto es reconocido por el Acuerdo de Cotonou para el cual “la cooperación irá encaminada a conseguir un desarrollo sostenible centrado en el ser humano, principal protagonista y beneficiario del desarrollo”.<sup>30</sup> Falta, sin embargo, ver hasta qué punto las

políticas y los programas microeconómicos a ser implementados en el ámbito del Acuerdo de Cotonou responderán al requisito de igualdad para todos, ya que el énfasis está puesto en el crecimiento económico por medio de reformas estructurales microeconómicas, privatización y liberalización del comercio. Tales políticas económicas fueron criticadas en el pasado por haber aumentado la pobreza y las disparidades entre los pueblos del tercer mundo.<sup>31</sup>

Aunque tales políticas económicas puedan contribuir para promover la eficiencia y un crecimiento económico acelerado, frecuentemente reducen la capacidad del país para atender las necesidades y los derechos básicos de su población. Este aspecto fue subrayado en el Informe de Desarrollo Humano de 2003. Según sugiere, los Objetivos 1 a 7 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, referidos a la erradicación de la pobreza y la estabilidad del medio ambiente, no podrán alcanzarse sin que se alteren las políticas de los países ricos, tal como expresa el Objetivo 8.<sup>32</sup> Las políticas en cuestión son las tarifas y los subsidios de los países ricos que limitan el acceso de los países en desarrollo a sus mercados; las patentes que restringen el acceso a tecnologías que pueden salvar vidas; además de las deudas insostenibles con gobiernos de países desarrollados e instituciones multilaterales. A menos que los países desarrollados tomen alguna iniciativa en ese aspecto, la asimetría que actualmente caracteriza el sistema económico mundial se mantendrá.

### *No discriminación*

El principio de no discriminación constituye otro componente fundamental de un Pacto de Desarrollo basado en los derechos. Exige que, en la planificación y en la implementación de todas las políticas y prácticas, no haya ninguna discriminación basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la opinión política u otra, la religión, el origen nacional o social, el patrimonio, el nacimiento o cualquier otro criterio, no solo entre los beneficiarios, sino también entre los participantes y los beneficiarios.<sup>33</sup>

El principio de no discriminación fue adoptado en el Acuerdo de Cotonou. Su Artículo 9, párrafo 2° reconoce la igualdad entre hombres y mujeres. En el Artículo 13, párrafo

1º, las partes reiteran las obligaciones y los compromisos determinados en el derecho internacional, en el sentido de asegurar el respeto por los derechos humanos y eliminar todas las formas de discriminación, en especial aquellas basadas en el origen, el sexo, la raza, el idioma y la religión. ¿Hasta qué punto ese compromiso con la no discriminación establecido en el Acuerdo de Cotonou satisface los parámetros del Pacto de Desarrollo basado en los derechos? Analizaremos dos ejemplos bajo esta perspectiva: los derechos de las mujeres y los de los trabajadores inmigrantes.

En lo que concierne al género, el Acuerdo de Cotonou declara que habrá una rendición sistemática de cuentas sobre la situación de las mujeres y de las cuestiones de género en todas las áreas: política, económica y social.<sup>34</sup> Sin embargo, no especifica cómo la inclusión transversal de la cuestión de género puede ser alcanzada en la práctica y no establece el papel de la capacitación. Un amplio estudio de las cuestiones de género en ese documento verificó que:

*[...] de forma general, el Acuerdo de Cotonou es poco claro y aparentemente inconsistente acerca del papel del género y las implicaciones de los aspectos correspondientes a la integración de los géneros. Los artículos que tratan de cooperación económica y comercial, ajustes estructurales y deudas, turismo y otras cuestiones económicas “complejas”, así como de los instrumentos y del gerenciamiento de la cooperación ACP-UE, no prestan atención al género, ni siquiera se muestran sensibles a los problemas de género.<sup>35</sup>*

Sobre los derechos de los inmigrantes, el acuerdo procura proteger solo los derechos de los trabajadores inmigrantes y de sus familias siempre que se encuentren residiendo legalmente en el territorio de las partes contratantes.<sup>36</sup> Hay un rechazo a extender tal protección a los inmigrantes ilegales y sus familiares. La única protección reservada a los inmigrantes ilegales se encuentra en el ámbito del proceso abierto para su extradición al país de origen. Esta es una discriminación basada en el status legal de la persona. De hecho, el principio de no discriminación expuesto en el Acuerdo de Cotonou no satisface los parámetros mínimos del enfoque fundado en los derechos propuestos en el Pacto de Desarrollo.

### *Participación*

De acuerdo con el principio de participación, todos los beneficiarios y agentes envueltos en la implementación del derecho al desarrollo están autorizados a participar de los resultados de este proceso, contribuir a ellos y usufructuarlos.<sup>37</sup> En la práctica, esto significa el acceso a informaciones y al proceso de toma de decisiones, así como al ejercicio de poder en la ejecución de proyectos que conduzcan al programa de desarrollo. El Acuerdo de Cotonou contiene dispositivos que promueven el enfoque participativo<sup>38</sup> y aseguran el involucramiento de la sociedad civil y de los actores económicos y sociales, informándoles sobre la asociación ACP-UE, en especial en los países del grupo ACP. También garantiza consultas a la sociedad civil sobre las reformas y las políticas económicas, sociales e institucionales a ser apoyadas por la Unión Europea, recursos para que los actores no estatales implementen programas y proyectos, y proporciona, además, a los actores no estatales el apoyo adecuado para su capacitación.<sup>39</sup>

Pero la implementación práctica del enfoque participativo puede ser problemático. Esto se debe a que la eficacia de la participación, tanto en el ámbito del Pacto de Desarrollo como en el del Acuerdo de Cotonou, dependerá, en última instancia, del poder y del status relativos de las partes involucradas. El abismo tecnológico y de recursos entre los países desarrollados y aquellos en desarrollo puede comprometer una participación efectiva.

Esta ha sido una falla fundamental del Pacto de Desarrollo de Sengupta, que exige que la Comisión de Asistencia al Desarrollo de la OCDE organice un “grupo de apoyo” para analizar, revisar y aprobar las políticas de los países en desarrollo que deseen participar del pacto. De acuerdo con Piron (2003), este modelo no articula de forma clara la participación de los actores no estatales y puede debilitar el control del país sobre el programa de desarrollo.<sup>40</sup> El Acuerdo de Cotonou sufre la misma suerte. Si, por un lado, los Estados del grupo ACP asumieron la responsabilidad de seleccionar, preparar el dossier, implementar y gerenciar los diversos proyectos y programas a ser financiados en los términos del Acuerdo de Cotonou, la Unión Europea retuvo el derecho

exclusivo de tomar las decisiones de financiación para tales proyectos y programas.<sup>41</sup>

### *Transparencia y accountability*

Transparencia y *accountability* son otros de los principios asociados al Pacto de Desarrollo. Esto involucra especificar las obligaciones de los diferentes contrayentes de deberes, que serán responsables de la rendición de cuentas del cumplimiento de sus obligaciones. Para hacer posible tal objetivo, los programas tienen que ser concebidos de forma transparente, estipulando expresamente todas las interrelaciones y vinculaciones entre las diversas acciones y sus autores.<sup>42</sup> En este contexto, tales principios procuran introducir una “reciprocidad en los condicionamientos” como parte del cuadro general de cooperación para el desarrollo. Como observamos anteriormente, el Especialista Independiente buscó apartarse del condicionamiento unilateral impuesto a una de las partes (normalmente, el país en desarrollo), que siempre caracterizó la cooperación internacional. El Acuerdo de Cotonou también fue concebido con ese condicionamiento unilateral.

Los elementos esenciales del Acuerdo incluyen el respeto por los derechos humanos, por los principios democráticos y por el Estado de Derecho, además de un buen gobierno, por parte de los Estados del grupo ACP.<sup>43</sup> Sujeto a un procedimiento debidamente aceptado por las partes, el Acuerdo puede ser rescindido o suspendido siempre que alguno de estos elementos esenciales fuera violado.<sup>44</sup> Pero no hay obligaciones correspondientes de la Unión Europea, en el sentido de cumplir su compromiso de apoyar el desarrollo económico y social de los miembros del ACP.<sup>45</sup> Este aspecto fue observado por Maxwell y Riddell (1998), al cuestionar si el concepto de asociación empleado en el Acuerdo de Cotonou podría justificar sanciones a la Unión Europea por atrasos en el cumplimiento de sus compromisos con los Estados del ACP.

La ausencia de “reciprocidad de obligaciones” y de “reciprocidad de condicionamiento” en el Acuerdo de Cotonou fue, sin dudas, influida por la posición asumida por las instituciones financieras internacionales y por los países donantes en relación al discurso sobre el derecho al desarrollo. En la visión de los países desarrollados, la ley internacional

establece solo una obligación genérica de cooperar con el desarrollo, y cualquier asistencia concedida se basa en consideraciones morales o humanitarias.<sup>46</sup> Esto implica ciertas obligaciones generales de proveer recursos financieros y asistencia apropiada al Sur, pero un determinado país no tiene deberes específicos de auxiliar a otro país, ni de poner a disposición una cantidad determinada de recursos para tal auxilio.<sup>47</sup> Karin Arts muestra claramente esta visión al argumentar que, en el contexto del Tratado de Lomé, los países en desarrollo no tienen derecho a recibir asistencia de un determinado país desarrollado, sino que solo pueden recurrir a un concepto general y esencialmente no factible de derecho al desarrollo.<sup>48</sup>

La posición adoptada por los países del Norte sobre el derecho al desarrollo tuvo amplias consecuencias para el Acuerdo de Cotonou. El preámbulo del Acuerdo llamaba a todas las partes a observar los principios consignados en la Carta de las Naciones Unidas, en la Carta Internacional de Derechos Humanos, así como en los diversos instrumentos regionales de derechos humanos: Convención Europea de Derechos Humanos, Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos y Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986, fue simplemente omitida del texto del Acuerdo de Cotonou. Esto se fundamentó, indudablemente, en el deseo de excluir del ámbito del Acuerdo el disenso en el debate sobre el derecho al desarrollo.<sup>49</sup>

Frente a lo expuesto, se puede argumentar que el Acuerdo de Cotonou, aunque comparta algunas de las características del Pacto de Desarrollo propuesto por Sengupta, no constituye un ejemplo del Pacto. ¿Cuáles son, entonces, las limitaciones prácticas del Pacto de Desarrollo?

### **Limitaciones prácticas del Pacto de Desarrollo**

La primera limitación del Pacto de Desarrollo propuesto por Sengupta se da respecto a cómo obtener una participación suficiente de todas las partes interesadas, inclusive de la sociedad civil, en el proceso de desarrollo. Si el Pacto debe ser financiado por medio de “grupos de apoyo”

formados por los países donantes, es probable que los programas nacionales de desarrollo solo sean aprobados si satisfacen los objetivos de los donantes y las normas de la política internacional. Tal condición limitará el control del país sobre sus programas. Esta es la conclusión del propio Sengupta en su Quinto Informe, en el que compara el modelo del Pacto de Desarrollo con el actual enfoque de asociaciones para el desarrollo, como los Documentos Estratégicos sobre Reducción de la Pobreza; los Cuadros Generales de Desarrollo del Banco Mundial; la Evaluación Conjunta del País de la ONU; y la Matriz de Cooperación de las Naciones Unidas para el Desarrollo.<sup>50</sup>

Un segundo obstáculo a salvar por el Pacto de Desarrollo es la visión instrumental de los países desarrollados en relación a los derechos humanos. Un pacto basado en los derechos exige que la definición de los programas de desarrollo incluya a los derechos humanos entre sus principales objetivos. De acuerdo con Piron (2003), la aplicabilidad de este enfoque es cuestionable, ya que los países desarrollados consideran la erradicación de la pobreza como el objetivo principal de la asistencia concedida; el respeto a los derechos humanos, o su promoción, es solo incidental.<sup>51</sup> Además, los países en desarrollo también tienden a oponerse al Pacto porque “aún ven con reservas la idea de vincular las obligaciones internacionales de derechos humanos al proceso de desarrollo nacional, que consideran como una forma de condicionalidad”.<sup>52</sup>

La tercera dificultad consiste en la cuestión de la *accountability*. ¿De qué modo los individuos de un país en desarrollo pueden exigir un derecho o hacer valer una reivindicación a un país donante, especialmente frente a la inexistencia de mecanismos de rendición de cuentas en el plano internacional? Esta cuestión se vuelve más pertinente aún si observamos que la mayoría de los gobiernos donantes solo se consideran responsables frente a sus propios parlamentos. Es a ellos a los que deben rendir cuentas por las políticas de desarrollo, y no a los ciudadanos de las naciones receptoras de la ayuda.

Pero el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó un enfoque distinto. Al evaluar los informes de países desarrollados, tales como Italia y Japón, la Comisión comenzó a cuestionar a las delegaciones sobre los esfuerzos

hechos para cumplir con sus obligaciones en los términos del Artículo 2, párrafo 1º, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>53</sup> Además, como ya fue dicho, el Informe de Desarrollo Humano de 2003 deja claro qué cambios en las políticas de los países ricos en términos de ayuda, perdón de deudas, comercio y transferencia de tecnología (octavo de los Objetivos de Desarrollo del Milenio) son fundamentales para que los otros siete objetivos sean alcanzados.<sup>54</sup>

La cuarta limitación se refiere a la incapacidad del Pacto de Desarrollo de reconocer las realidades actuales en las relaciones internacionales. La mayoría de los países donantes asume el auxilio al desarrollo como herramienta de su política externa. La ayuda es utilizada como catalizador para alcanzar determinados objetivos internacionales. Por ejemplo: en el debate en el Consejo de Seguridad de la ONU sobre una segunda resolución autorizando el uso de la fuerza contra Irak, fue dicho que Estados Unidos estaba ofreciendo ayuda a países del tercer mundo, como Guinea, miembro no permanente del Consejo de Seguridad, a cambio de su voto de apoyo a una resolución favorable a la guerra. Durante la revisión de la IV Convención de Lomé, representantes de la Comisión Europea y de Estados Miembros revelaron, en entrevistas, que consideraban los aumentos en los programas de ayuda, como “un as en la manga” de la Unión Europea para inducir a los Estados del ACP a aceptar las propuestas de alteraciones significativas en la Convención.<sup>55</sup> En este marco, los principales actores del escenario internacional, que son también los principales países donantes, difícilmente apoyarían el Pacto de Desarrollo, no solo porque les impone obligaciones y sanciones, sino también porque reduce su capacidad de influir sobre relaciones y negociaciones internacionales.<sup>56</sup>

El Pacto de Desarrollo se basa en la interpretación conceptual del Especialista Independiente en relación al Derecho al Desarrollo consignada en la Declaración de 1986, sobre la que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya afirmó que no había sido concebida como instrumento operativo, sino como declaración de principios generales.<sup>57</sup> En ese contexto, es fácil percibir las dificultades prácticas que el Pacto de Desarrollo tendrá que enfrentar.



## Conclusión

El Acuerdo de Cotonou es un documento operativo firmado por los países del ACP y la Unión Europea, mientras que el Pacto de Desarrollo es aún un proyecto, una propuesta del Especialista Independiente para la implementación del derecho al desarrollo. Ambos tienen en común los principios de igualdad, no discriminación y participación. Pero su coincidencia termina cuando se trata del principio de *accountability*. Así como la mayoría de los acuerdos de cooperación que lo precedieron, el Acuerdo de Cotonou impone a los países del ACP condiciones de respeto de los derechos humanos, de los principios democráticos, del Estado de Derecho y del buen gobierno, sin que se obligue a la Unión Europea, como contrapartida, a cumplir su compromiso de proveer recursos para el desarrollo económico y social.<sup>58</sup>

La ausencia de reciprocidad en las obligaciones constituye la principal diferencia entre el Acuerdo de Cotonou y el Pacto de Desarrollo. El pacto fue concebido como forma de garantizar a los países en desarrollo que, si cumplen su parte del acuerdo y sus obligaciones, el programa no será paralizado por falta de cooperación internacional. Se asegura tal garantía mediante una identificación clara de las obligaciones de los poseedores de derechos y de deberes, volviendo factibles sus respectivos compromisos.

La base conceptual para el Pacto de Desarrollo reside en la perspectiva adoptada por el Especialista Independiente de que el enfoque del desarrollo basado en los derechos es el que establece como su objetivo principal la realización de los derechos humanos, además de la atribución de poder (*empowerment*). Esta postura es radicalmente diferente a la adoptada por los principales países donantes. Para ellos, el objetivo del desarrollo es la erradicación de la pobreza y no, fundamentalmente, el respeto y la promoción de los derechos humanos. Ambas partes coinciden con un enfoque basado en derechos, pero no sobre su interpretación, particularmente sobre la cuestión de la *accountability*. Se trata del mismo “impasse conceptual” que caracterizó la aprobación de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, en 1986. Hasta que sea superado, no habrá avances y el Pacto de Desarrollo de Sengupta permanecerá como un proyecto.

## NOTAS

1. Aprobada por la Resolución 41/128 de la Asamblea General de la ONU del 4 de diciembre de 1986, con 146 votos a favor, un voto en contra (Estados Unidos) y ocho abstenciones (incluyendo a Alemania, Japón y Reino Unido).
2. Ver la Declaración y el Programa de Acción de Viena, de junio de 1993, puntos 10, 11, 72 y 73.
3. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1988/72, aprobada por aclamación el 22 de abril de 1998. Hasta el momento, el Especialista Independiente presentó seis informes al Grupo de Trabajo Abierto.
4. La idea de un "pacto" fue sugerida inicialmente, a fines de la década del 80, por el Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega, T. Stoltenberg, siendo posteriormente profundizada por otros economistas del desarrollo y en los Informes de Desarrollo Humano. Ver A. Sengupta, nov. 2002.
5. El texto del Acuerdo de Cotonou, firmado el 23 de junio del 2000, puede hallarse en <[http://europa.eu.int/comm/development/body/cotonou/agreement\\_es.htm](http://europa.eu.int/comm/development/body/cotonou/agreement_es.htm)>. Consultado el 24 enero de 2005.
6. Los países de la Unión Europea signatarios del Acuerdo de Cotonou fueron: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia. A partir del 1º de mayo del 2004, integran la Unión Europea 10 nuevos estados: Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y la República Checa.
7. El Grupo ACP fue fundado en 1975, con la firma del Acuerdo de Georgetown, e incluye a los siguientes países: Angola, Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camerún, Chad, Congo, Costa del Marfil, Djibuti, Eritrea, Etiopía, Gabón, Gambia, Ghana, Granada, Guyana, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Haití, Islas Comores, Islas Cook, Islas Fiji, Islas Marshall, Islas Salomón, Jamaica, Kenia, Kiribati, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Malí, Mauricio, Mauritania, Micronesia, Mozambique, Namibia, Nauru, Níger, Nigeria, Niue, Palau, Papúa/Nueva Guinea, República Centroafricana, República Democrática del Congo, República Dominicana, Ruanda, Samoa, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Sierra Leona, Seychelles, Somalia, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, Sudáfrica, Sudán, Surinam, Swazilandia, Tanzania, Timor Este, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Tuvalu, Uganda, Vanuatu, Zambia y Zimbabwe. Obsérvese que Cuba es signataria del Grupo ACP, pero no del Acuerdo de Cotonou.

8. Artículo 1 del Acuerdo de Cotonou.
9. Ver S. Marks, 2003, pp. 2-6. El texto describe las posiciones políticas adoptadas por los gobiernos del Norte y del Sur, en el ámbito de las Naciones Unidas, sobre el derecho al desarrollo.
10. Ver A. Sengupta, 2001, parágrafo 54.
11. Id., parágrafos 59-61.
12. Id., parágrafo 57. Ver también Sengupta (2000), donde el autor argumenta que la reducción del nivel de pobreza podría ser vista como meta del derecho al desarrollo y que los planes nacionales de reducción de pobreza, al ser implementados en base a los derechos humanos, pueden constituir una forma de concretar ese derecho.
13. Ver Sengupta, 2001, parágrafos 68 a 74.
14. Id., parágrafo 63.
15. Id., parágrafo 54.
16. Para una crítica del Pacto de Desarrollo, ver Piron, 2003, pp. 46-61.
17. Id., p. 46.
18. Para una amplia discusión sobre los papeles constitutivo e instrumental de los derechos humanos para el desarrollo, ver Amartya Sen (1999, cap. 2).
19. Para una presentación general del Pacto de Desarrollo, ver Sengupta, nov. 2002, pp. 838-889.
20. Id., pp. 848-852.
21. Id., ibid.
22. Id., p. 842.
23. Sengupta, 2001, parágrafo 53.
24. Sengupta, nov. 2002, pp. 876-880.
25. Ver Piron, 2002.
26. Ver Observación General n. 3, parágrafos 11-14. Ver también "Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", 9 *Human Rights Quarterly*, 1987, pp. 122-135, parágrafos 25-29. Disponible en <<http://www2.law.uu.nl/english/sim/instr/limburg.asp>>. Consultado el 24 de enero de 2005.

27. Ver Paul Hunt, 2002, p. 115: el autor informa que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales está desarrollando indicadores y parámetros de derechos humanos.
28. Sengupta, 2001, parágrafo 52. Este punto también fue abordado en Sengupta, set. 2002, pp. 12-15.
29. Sengupta, 2001, párrafos 26-28.
30. Artículo 9, parágrafo 1º del Acuerdo de Cotonou.
31. En su Informe Anual de 1989, el Banco Mundial admitió que existían dudas sobre los efectos de sus políticas de ajuste: "Poco se sabe sobre el efecto general que los programas de ajuste tienen sobre la pobreza" (*World Bank Annual Report*, Washington, 1989, p. 81).
32. Ver *Human Development Report 2003*, p. 11. Disponible en <<http://www.undp.org/hdr2003/>>. Consultado el 25 de enero de 2005.
33. Sengupta, 2001, parágrafo 29.
34. Artículo 31 del Acuerdo.
35. Karin Arts, *Gender Aspects of the Cotonou Agreement*, WIDE, enero 2001, pp. 11-12. Disponible en <<http://www.genderandtrade.net/Cotonou/WIDE%20Gender%20and%20Cotonou.pdf>>. Consultado el 25 de enero de 2005.
36. Artículo 13 del Acuerdo de Cotonou.
37. Sengupta, 2001, parágrafo 30.
38. Ver Artículos 2 y 9 del Acuerdo de Cotonou.
39. Ver Artículos 4 y 5 del Acuerdo de Cotonou.
40. Piron, 2003, pp. 56-57.
41. Artículo 57 del Acuerdo de Cotonou.
42. Sengupta, 2001, parágrafo 31.
43. Ver Artículo 9 del Acuerdo de Cotonou.
44. Ver Artículos 96 y 97 del Acuerdo de Cotonou.
45. Ver, en términos generales, los Artículos 25, 26 y 27 del Acuerdo de Cotonou.
46. Ver, por ejemplo, el punto de vista británico en el documento del DFID (Department for International Development) del Reino Unido, "Eliminating

World Poverty: Making Globalisation Work for the Poor". Informe oficial sobre el desarrollo internacional. Diciembre de 2000, p. 14.

47. Ver P. Alston y G. Quinn (1987); Mathew Craven (1995, p. 49). Ver también Paul Hunt, Manfred Nowak y Saddiq Osmani, "Human Rights and Poverty Reduction Strategies", minuta para la discusión elaborada para la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Febrero de 2002, p. 18.

48. Karin Arts, "Integrating Human Rights into Development Cooperation: The Case of the Lome Convention", Kluwer Law International, p. 44, 2000.

49. La posición de la Unión Europea sobre el derecho al desarrollo parece estar cambiando. En este sentido, la embajadora de Irlanda, Mary Whelan, declaró recientemente: "En nombre de la Unión Europea, quiero reiterar nuestro compromiso con el derecho al desarrollo tal como está expresado en la Declaración y en el Programa de Acción de Viena. Este es un compromiso que también se expresa en las asociaciones y los acuerdos de desarrollo que mantenemos con diversos países de todo el mundo". Ver discurso pronunciado por la embajadora en la 60ª Sesión de la Comisión de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, el 23 de marzo de 2004.

50. Ver Sengupta, set. 2002, pp. 12-15.

51. Ver Piron, 2003, p. 56.

52. Id., ibid.

53. Hunt, 2002, pp. 113-114.

54. Sengupta, 2002.

55. Entrevistas concedidas en Bruselas los días 26 y 27 de mayo de 1993, citadas en W. Brown, 2002, p. 134.

56. Para una discusión del papel de los derechos humanos en la política exterior de los países desarrollados, ver P. Baehr, 1996.

57. Véase "The Incorporation of Economic, Social and Cultural Rights into the United Nations Development Assistance Framework (UNDAF) Process". Comentarios adoptados por la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 15 de mayo de 1998, párrafo 5, citado en Anne Orford, 2001, pp. 127-172.

58. Esta es, según algunos autores, la condicionalidad en estado puro. Ver P. Hilpold, 2002, pp. 53 a 63-64.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSTON, Philip y QUINN, Gerard. "The Nature and Scope of State Parties' Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights". 9 *Human Rights Quarterly*, 156, 1987.
- ARTS, Karin. "Integrating Human Rights into Development Cooperation: The Case of the Lome Convention". *Kluwer Law International*, 2000.
- BAEHR, Peter. *The Role of Human Rights in Foreign Policy*. 2.ed. Macmillan Press Limited, 1996.
- BROWN, William. *The European Union and Africa*. Londres: I. B. Tauris, 2002.
- CRAVEN, Mathew. "The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development". Oxford: Clarendon Press, 1995.
- HILPOLD, Peter. "EU Development Cooperation at a Crossroads: The Cotonou Agreement of 23 June 2000 and the Principle of Good Governance". 7 *European Foreign Affairs Review*, n. 1, pp. 53-72, 2002.
- HUNT, Paul. "Using Rights as a Shield". *Human Rights Law and Practice*, v. 6, n. 2, jun. 2002.
- MARKS, Stephen. "Obstacles to the Right to Development". *Working Paper* n. 17, pp. 2-6, 2003. Disponible en <[http://www.hsph.harvard.edu/fxbcenter/FXBC\\_WP17—Marks.pdf](http://www.hsph.harvard.edu/fxbcenter/FXBC_WP17—Marks.pdf)>. Consultado el 15 de marzo de 2005.
- MAXWELL, Simon y RIDDELL, Roger. "Conditionality or Contract: Perspectives on Partnership for Development". *Journal of International Development*, v. 10, n. 2, pp. 256-261, 1998.
- ORFORD, Anne. "Globalisation and the Right to Development". In: P. ALSTON (ed.), *Peoples' Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- PIRON, Laure-Hélène. *The Right to Development: A Review of the Current State of the Debate for the Department of International Development*. Abril de 2002. Disponible en <[http://www.odi.org.uk/pppg/publications/papers\\_reports/dfid/issues/rights01/right\\_to\\_dev.pdf](http://www.odi.org.uk/pppg/publications/papers_reports/dfid/issues/rights01/right_to_dev.pdf)>. Consultado el 25 de enero de 2005.

\_\_\_\_\_. “Are Development Compacts Required to Realize the Right to Development?”. In: Franciscans International (ed.) *Right to Development: Reflections on the First Four Reports of the Independent Expert on the Right to Development*, pp. 46-61. Ginebra, 2003.

SEN, Amartya. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SENGUPTA, Arjun. “Second Report of the Independent Expert on the Right to Development”. E/CN.4/2000/WG.18/CRP.1. 11 set. 2000. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf>>. Consultado el 24 de enero de 2005.

\_\_\_\_\_. “Fourth Report of the Independent Expert on the Right to Development”. E/CN.4/2002/WG.18/2. 20 dic. 2001. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame>>. Consultado el 15 de marzo de 2005.

\_\_\_\_\_. “Fifth Report of the Independent Expert on the Right to Development”. E/CN.4/2002/WG.18/6. 18 set. 2002. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/>>. Consultado el 24 de enero de 2005.

\_\_\_\_\_. “On the Theory and Practice of the Right to Development”. 24 *Human Rights Quarterly*, nov. 2002. Disponible en: <[http://muse.jhu.edu/journals/human\\_rights\\_quarterly/](http://muse.jhu.edu/journals/human_rights_quarterly/)>. Consultado el 24 de enero de 2005.

STEVEN FREELAND

Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Western Sydney,  
Australia

#### RESUMEN

A lo largo del tiempo, los conflictos armados siempre han causado una significativa destrucción del ambiente. Hasta hace poco, esto se veía como una consecuencia infeliz pero inevitable a pesar del desastroso impacto sobre las poblaciones humanas. Sin embargo, a medida que la naturaleza y la extensión de los derechos ambientales pasaron a ser más ampliamente reconocidas, la devastación deliberada del ambiente como parte de los objetivos estratégicos y militares dejó de ser aceptable, fundamentalmente a partir del desarrollo de armas capaces de causar daños graves y duraderos en vastas regiones. Este artículo demuestra que, en determinadas circunstancias, la destrucción deliberada del ambiente durante una guerra tiene que verse como “Crimen contra el Medio Ambiente”, pasible de responsabilidad penal internacional. Examina también las normas jurídicas internacionales que se aplican a la protección del ambiente en el transcurso de conflictos armados y analiza hasta qué punto el Tribunal Penal Internacional tiene competencia para juzgar actos que perjudican de manera significativa los derechos ambientales de las poblaciones afectadas. [Texto original en inglés.]



# DERECHOS HUMANOS, MEDIO AMBIENTE Y CONFLICTOS: ENFRENTANDO LOS CRÍMENES AMBIENTALES\*

Steven Freeland

*El medio ambiente no es una abstracción, pues representa el espacio vital, la calidad de vida y la propia salud de los seres humanos, incluso de las generaciones venideras.<sup>1</sup>*



Es un hecho ampliamente reconocido que las cuestiones ambientales constituyen un componente importante de los derechos básicos del ser humano. La Declaración de Estocolmo, de 1972, establece: “El hombre tiene el derecho fundamental a [...] un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna, gozar de bienestar [...]”.<sup>2</sup> Dieciséis años después, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmó el “derecho a vivir en un ambiente saludable”, derecho que fue inscrito en las constituciones nacionales de muchos países. Aunque todavía haya alguna discusión en torno a una definición jurídica precisa para los conceptos en vigencia que aparecen acerca de los “derechos ambientales”, no restan dudas a propósito de la estrecha relación entre derechos humanos y medio ambiente.

De igual forma, está claro que la depredación deliberada del medio ambiente puede generar efectos catastróficos no solo en términos ecológicos, sino también sobre las poblaciones humanas. Las acciones estratégicamente planeadas para destruir una parte importante del medio ambiente representan una infracción a los derechos humanos básicos de las personas afectadas. La relación entre la seguridad humana y un ambiente seguro y habitable es fundamental, en particular en lo tocante

\* Este artículo deriva en parte de un documento denominado “Human Security and the Environment – Prosecuting Environmental Crimes in the International Criminal Court”, presentado en la 12<sup>th</sup> Annual Conference of the Australian and New Zealand Society of International Law, “International Law and Security in the Post-Iraq Era: Where to for International Law?”, realizada en Canberra, Australia, 18-20 jun. 2004. Disponible en <<http://www.law.usyd.edu.au/scig/anzsil/>>. Consultado el 14 de febrero de 2005.

---

Ver las notas del texto a partir de la página 143.

---

Las referencias bibliográficas de las fuentes mencionadas en el texto están en la página 147.

---

al acceso a los recursos naturales. Si se perturba esta intrincada interrelación de forma significativa por la acción deliberada de terceros, las vidas o las condiciones de vida de aquellos que dependen del ambiente natural pueden ser puestas en riesgo o incluso destruidas.

Sin embargo – especialmente en contextos bélicos – hemos asistido innumerables actos de destrucción deliberada del ambiente natural, al perseguirse metas estratégicas. El aniquilamiento intencional del ambiente como método para amenazar la seguridad humana viene transformándose de forma creciente en una táctica empleada en conflictos<sup>3</sup> y dio origen a términos como “ecocidio” o “geocidio”. Una de las consecuencias trágicas de los conflictos reside en el hecho de que el ambiente natural es casi siempre vulnerable a los objetivos bélicos o a las armas de guerra. Resulta difícil olvidar las imágenes fantasmagóricas del incendio de 736 pozos de petróleo en Kuwait, provocado por las fuerzas en retirada, al final de la primera invasión iraquí; o el drenaje sistemático de los pantanos de al-Hawizeh y al-Hammar, en el sur de Irak, a manos del régimen de Saddam Hussein, destruyendo de hecho la base de subsistencia de 500 mil árabes de los pantanos que habitaban ese ecosistema único.

Más recientemente, Human Rights Watch estimó que, en el transcurso de la invasión de Irak en 2003, las fuerzas norteamericanas y británicas utilizaron cerca de 13 mil *cluster bombs* – conteniendo casi 2 millones de minibombas –, y causaron con esto elevados daños humanos y ambientales. Son constantes las menciones al uso, por parte de las fuerzas de coalición en Irak, de obuses de uranio empobrecido, algunos de los cuales tienen una media de vida de varios millones de años. En el momento en que escribo este artículo, el mundo está presenciando una catástrofe humanitaria y ambiental en la región occidental de Darfur, en Sudán, donde se envenenan los pozos e instalaciones de agua potable vitales como parte de una estrategia deliberada de la milicia árabe Janjaweed, con el apoyo del gobierno central, para eliminar o remover a los africanos de etnia negra residentes en la región.<sup>4</sup>

Otra ligazón significativa entre el ambiente y los conflictos humanos que no siempre se tiene en cuenta es el acceso a los recursos naturales – o la falta de acceso –, que a veces basta por sí sola para apretar el gatillo de un conflicto. Una de las

tensiones latentes entre Israel y Siria es el acceso al agua. El Programa Ambiental de las Naciones Unidas relató que los daños ambientales han sido una causa importante de los disturbios políticos y de los conflictos en la República Democrática del Congo y en Haití. Aunque haya mucho trabajo por delante para establecer de modo más preciso la naturaleza y la extensión de la relación entre la degradación ambiental, la pobreza y los conflictos políticos y sociales, parece innegable la lógica de que existe alguna forma de conexión. Tal hecho fue reconocido por el Consejo de Seguridad de la ONU que, en enero de 1992, concluyó:<sup>5</sup>

*La ausencia de guerra y de conflictos militares entre los Estados no garantiza por sí sola la paz y la seguridad internacionales. Las fuentes no militares de inestabilidad en los campos económico, social, humanitario y ecológico se convirtieron en amenazas para la paz y la seguridad internacionales. Las Naciones Unidas como un todo tienen que dar prioridad máxima a la solución de estos problemas. (Subrayado nuestro.)*

Las acciones intencionales para causar una amplia destrucción ambiental y que afectan de modo expresivo a determinados grupos de personas representan no solo un aspecto estratégico de los conflictos, sino también un factor de intensificación del propio conflicto. Por eso es importante disponer de medidas apropiadas de intervención que respondan a la destrucción ambiental deliberada en situaciones de guerra.

En una época en que la moral, la ética y el derecho internacional pasaron a reconocer los derechos de los individuos, y en que los conceptos de derechos ambientales y ecológicos vienen ganando una aceptación general, es natural que la destrucción deliberada del ambiente durante conflictos armados sea encuadrada por rigurosas normas jurídicas internacionales. Además, en determinadas circunstancias, tal destrucción debería dar lugar a exigir una responsabilidad penal individual en el plano internacional. Si la destrucción ambiental está dirigida a causar daños graves y a ocasionar sufrimientos humanos, tal acción debería constituir un crimen contra la comunidad internacional como un todo y, por lo tanto, un crimen internacional, acertadamente denominado “Crimen contra el Medio Ambiente”.

Un régimen legal que permitiera imputar responsabilidad criminal individual en el plano internacional, en caso de destrucción significativa y deliberada del medio ambiente, llevaría a los dirigentes militares y políticos a evaluar con más cuidado las consecuencias de sus actos. Promovería la importancia de la protección del ambiente y de los derechos ambientales, aun en tiempos de guerra, estigmatizando públicamente las acciones que desprecian tales derechos. De esta forma, la destrucción ambiental dejaría de ser una mera consecuencia colateral de los conflictos.

En este contexto, este artículo tiene dos propósitos. Primero, examinar las principales normas jurídicas internacionales que se aplican a la protección del ambiente en períodos de guerra, y verificar en qué medida tales acciones pueden resultar en responsabilidad penal. Al respecto se verá que el derecho internacional, en general, evita imputar a individuos la responsabilidad penal por cualquier tipo de destrucción deliberada en gran escala. Seguidamente, verificar en qué medida, y bajo qué circunstancias las acciones concebidas deliberadamente para destruir el medio ambiente pueden ser encuadradas en la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional (TPI), en los términos del Estatuto de Roma, de 1998. Se llega a la conclusión de que, aunque sean mínimas las referencias a la cuestión ambiental en el Estatuto de Roma, hay varias alternativas potenciales para clasificar los crímenes ambientales en las tipologías de crímenes consignadas en el referido instrumento.

### **¿Responsabilidad penal individual o responsabilidad del Estado?**

Antes de examinar si y de qué modo un crimen cometido contra el medio ambiente puede resultar en responsabilidad penal individual, hay una cuestión preliminar pero fundamental a ser discutida: quién debería ser responsabilizado por crímenes ambientales en los casos en que hay una implicación significativa del Estado en la destrucción: ¿solo los individuos en cuestión o, por extensión, el propio Estado en cuanto tal?

En relación con los crímenes internacionales, la sentencia pronunciada por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg representa la visión tradicional. El Tribunal declaró

que “hace mucho tiempo se reconoce que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos, así como también a los Estados [...] Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por seres humanos, no por entidades abstractas, y solo castigando a los individuos que cometen tales crímenes es posible validar los dispositivos del derecho internacional [...]”.

Este punto de vista se refleja en los poderes jurisdiccionales de todos los tribunales penales internacionales creados después, incluyendo el Tribunal Penal Internacional. De modo general, estos tribunales no fueron concebidos para investigar y juzgar hechos practicados por entidades abstractas, especialmente Estados. El TPI tiene el poder de ejercer su jurisdicción sobre personas físicas, no sobre Estados. Hoy en día no hay ninguna posibilidad de que el TPI inicie una acción penal contra un Estado por un crimen internacional, tal como el que resulta de los actos planeados para producir una significativa degradación ambiental. Los Estados, a su vez, pueden tener algún grado de responsabilidad jurídica por la práctica de crímenes internacionales en los términos de los principios de la Responsabilidad de los Estados; un Estado puede también ser culpado como consecuencia de un crimen internacional cometido por uno de sus representantes.

Pero se trata aquí de un nivel de culpabilidad muy distinto de otro que pudiera atribuir al propio Estado una responsabilidad penal. Esta distinción no es una mera cuestión de semántica; contiene en sí el mensaje de que, independientemente del grado de implicación de un Estado, su grado de culpabilidad por actos que generen consecuencias gravísimas para los seres humanos y para el ambiente es inferior a los patrones por los cuales juzgamos a los individuos.

Con todo, no hace mucho tiempo que la Comisión de Derecho Internacional previó la noción de crimen internacional cometido por un Estado. Habiendo recibido en 1949 la incumbencia de elaborar un proyecto sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos Internacionales, esta Comisión presentó el proyecto del Artículo 19 a principios de la década de 1970. Al especificar las formas que un acto internacionalmente ilícito cometido por un Estado puede asumir, ese Artículo estableció una distinción entre delitos y crímenes internacionales.

En la definición de crimen internacional,<sup>6</sup> el proyecto presentaba una lista de acciones que podrían resultar en tal crimen, entre las cuales estaban:<sup>7</sup> “(d) violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación de la atmósfera o de los mares”.

A su vez, los Artículos 52 y 53 del proyecto establecían disposiciones sobre las consecuencias que tendrían lugar en caso de que un Estado cometiera un crimen internacional, incluyendo la posibilidad de sanciones colectivas.<sup>8</sup>

En la época de su presentación, la propuesta de redacción del Artículo 19 obtuvo un apoyo parcial, en particular de los países en desarrollo y de Europa Oriental. En su comentario al proyecto, la Comisión observó:<sup>9</sup>

*El derecho internacional contemporáneo llegó al punto de condenar directamente la práctica de determinados Estados que [...] actúan [...] poniendo gravemente en riesgo la preservación y la conservación del medio ambiente humano [...] estos hechos constituyen efectivamente “crímenes internacionales”, o sea, actos ilícitos internacionales que son más serios que otros y que, por eso, deben conllevar consecuencias legales más rigurosas.*

A pesar de estos puntos de vista el Artículo 19 generó muchas controversias en otros Estados, así como también entre los comentaristas y varios miembros de la propia Comisión de Derecho Internacional. Para algunos de ellos, el texto sugería la aceptación del concepto de responsabilidad colectiva, de toda la población de un Estado, por los actos de sus dirigentes, y también el concepto de castigo colectivo.<sup>10</sup> Finalmente, el proyecto del Artículo 19 (y de los artículos 52 y 53 asociados) no fue incluido en la versión aprobada por la Comisión en 2001 y adoptada después por la Asamblea General en ese mismo año.<sup>11</sup> Por cierto, es improbable que la noción de responsabilidad criminal internacional de un Estado represente actualmente la postura general y la práctica de los Estados (de las cuales deriva el derecho internacional consuetudinario), aunque los sentimientos enunciados en el Artículo 19 tal vez manifiesten el surgimiento de una tendencia en relación a la legislación sobre daños ambientales de políticas deliberadas implementadas por los Estados.

En este sentido, para lidiar con algunas formas de destrucción deliberada del medio ambiente, se han instituido varios mecanismos de imposición de sanciones en el plano internacional contra un Estado. Tras los daños ambientales provocados tanto en Kuwait como en Arabia Saudita por el régimen iraquí, durante la invasión de Kuwait e inmediatamente después de esta, el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó la Resolución 687 que, en parte, determinaba que Irak era “[...] responsable, en los términos del derecho internacional, de cualesquiera pérdidas y daños patrimoniales – incluyendo daños ambientales y pérdida de recursos naturales – o daños personales a gobiernos extranjeros, ciudadanos y empresas, como resultado de la invasión y de la ocupación ilegales de Kuwait”.<sup>12</sup> Se instituyó un fondo de compensación a ser administrado por una Comisión de Compensación de las Naciones Unidas,<sup>13</sup> que también se ocupa de las demandas presentadas, totalizando en este momento 350 mil millones de dólares por los daños causados por la invasión y subsiguiente ocupación de Kuwait por parte de Irak.

Aunque una sentencia indemnizatoria constituya, en estos casos, un importante mecanismo concebido para remediar los daños causados al medio ambiente, tal vez no tenga repercusiones sobre las graves consecuencias de la acción emprendida, que pueden haber dado como resultado muchas secuelas y muchas vidas perdidas. Dado que el derecho internacional aún no tiene cómo responsabilizar criminalmente un Estado, cabe evaluar de qué modo las personas que orquestaron el daño ambiental para perseguir determinados fines pueden ser individualmente juzgadas en un foro internacional.

Se hace necesario, por lo tanto, examinar las normas jurídicas internacionales existentes que se aplican a los conflictos armados.

### **La legislación existente para proteger el ambiente durante los conflictos**

Es lamentable que la guerra y los conflictos armados parezcan constituir elementos inevitables de la sociedad humana. Además de esto, no se puede impedir que una guerra resulte en daños ambientales, en especial ante el rápido progreso de la

tecnología militar. Dos tipos principales de tratados internacionales se destacan en este tema: los Acuerdos Ambientales Multilaterales [MEA, sigla en inglés] y los tratados que constituyen la médula del derecho internacional humanitario (*jus in bello*), rigiendo la conducción general de las acciones bélicas. Esta última categoría incluye un pequeño número de tratados específicamente dirigidos a la protección del medio ambiente.

Eventos como la Primera Guerra del Golfo, en 1991, demostraron la inadecuación de los principios existentes, al menos en lo que respecta a la imputación de responsabilidad criminal. Es evidente que los individuos admiten una responsabilidad para con el medio ambiente. Con todo, el concepto de crímenes ambientales internacionales no ha sido objeto, hasta hace muy poco, de una atención específica en el ámbito del derecho internacional humanitario, ni del derecho internacional penal (que viene sufriendo una rápida expansión en otros dominios), y, en gran medida, viene siendo ignorado por el derecho ambiental internacional.

Varios instrumentos ambientales internacionales especifican la necesidad general de que todas las personas “protejan y preserven el medio ambiente”.<sup>14</sup> Esta obligación se extiende también a los Estados, en particular en el contexto de conflictos. Así, por ejemplo, el Principio 24 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (Declaración de Río), estipula:<sup>15</sup> “La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario”.

Con todo, el actual orden jurídico internacional para el medio ambiente no tiene suficientemente en cuenta el creciente riesgo de destrucción ambiental masiva provocada por individuos y Estados que tengan acceso a nuevas armas o tecnologías con poder de devastación. En general, los esfuerzos multilaterales emprendidos para lidiar con la cuestión de los daños ambientales se centran en la elaboración de sistemas jurídicos que especifiquen la atribución de responsabilidades por infracción a una obligación internacional, originando principios tradicionales de responsabilidad de los Estados. Aun



así, es frecuente que se deje de dar curso a cuestiones importantes, pero no resueltas, referidas a la responsabilidad de los Estados con relación al ambiente.

Además, los Estados están sometidos a los términos del derecho internacional consuetudinario en lo que se refiere al medio ambiente, así como a cualesquiera Acuerdos Ambientales Multilaterales de los que formen parte. Una infracción a estos principios también evocará la cuestión de la responsabilidad del Estado.<sup>16</sup> A pesar de que las cuestiones relacionadas con los daños ambientales deliberados estén sujetas a varios procesos legales “no criminales”, aplicables en los términos de los principales MEA, esto tal vez sea insuficiente ante la magnitud de la destrucción que puede resultar de tales acciones.

En la medida en que los Acuerdos Ambientales Multilaterales hacen alguna referencia a la responsabilidad penal y a la aplicación de sanciones, generalmente determinan que tales acciones deben tomarse a nivel doméstico, en base a los principios tradicionales de la jurisdicción nacional. Así, por ejemplo, los Artículos 213-222 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, especifican que el Estado, por su propia jurisdicción (lo que dependerá de las circunstancias específicas), aplicará las leyes y normas nacionales en relación a la contaminación del ambiente marino. Este mismo abordaje fue hace poco adoptado por el Consejo de Europa y por la Comisión Europea, que elaboraron anteproyectos proponiendo la protección del medio ambiente en el ámbito de los códigos penales nacionales.<sup>17</sup>

El abordaje basado en la legislación nacional puede no reflejar adecuadamente la extensión de las consecuencias ambientales potenciales de un conflicto. Además, las diversas sanciones penales relacionadas expresamente al medio ambiente en las jurisdicciones nacionales no son consistentes ni universales. Se necesita voluntad política por parte de los Estados para aprobar y aplicar leyes nacionales adecuadas, y tal voluntad no siempre está presente. En efecto, la Asamblea General de la ONU manifestó su preocupación con el hecho de que las actuales prohibiciones referidas a los daños y al agotamiento de recursos naturales, consignadas en el derecho internacional, “pueden no estar ampliamente difundidas y aplicadas”.<sup>18</sup> La importancia del medio ambiente exige, por lo tanto, que se refuerce la protección en el plano internacional,

con mecanismos idóneos para impedir las acciones y posibilitar el castigo, incluyendo sanciones penales para los responsables de tales acciones.

Los principios fundamentales del derecho humanitario internacional provienen en gran medida del conjunto de decisiones consignadas en las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907, así como también en las cuatro Convenciones de Ginebra, de 1949. Estos instrumentos imponen, entre otras, normas que limitan los métodos y los medios de conducción de acciones bélicas, y también prevén categorías de personas y de objetos a ser protegidos. Así, por ejemplo, las Convenciones de La Haya aplicaron leyes de guerra para restringir el uso de armas tóxicas y gases asfixiantes, y estas normas fueron más tarde ampliadas por el Protocolo de Ginebra de 1925. Tales instrumentos, aunque hayan sido fundamentales para desarrollar criterios de reglamentación de la conducta bélica, no tratan directamente de la protección al medio ambiente.

Otros varios instrumentos fueron relevantes para la cuestión de la degradación ambiental en los conflictos tales como el Tratado de Prohibición de Ensayos Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio y en el Medio Subacuático, de 1963, el Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares, de 1996, y la Convención de 1972 sobre la Prohibición de Armas Biológicas y sobre su Destrucción. Cada uno de estos instrumentos impone límites a la proliferación, a los ensayos y al uso de determinadas armas de destrucción en masa, cuyo empleo podría, claro está, causar grandes daños ambientales. Sin embargo, tales instrumentos no se implementaron con vistas a la protección ambiental, sino como parte de la evolución del derecho sobre conflictos armados, en especial a medida en que el progreso tecnológico hizo que surgieran nuevas armas capaces de causar destrucción significativa e indiscriminada.

Son pocos los tratados que se refieren específicamente a la protección del medio ambiente en el contexto de conflictos. La Convención de 1977 sobre la Prohibición de la Utilización de Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles [ENMOD, sigla en inglés] fue el primer instrumento para combatir la destrucción deliberada del medio ambiente en los conflictos, aunque también se aplique a tiempos de paz. La Convención prohíbe las “técnicas de modificación ambiental con efectos extensos, duraderos o

profundos”, y una infracción a este dispositivo justifica el entablar un pleito ante el Consejo de Seguridad de la ONU, solicitando acciones coercitivas. Pero la Convención no instituyó un régimen de responsabilidad civil o penal en caso de infracción.

El instrumento más directamente relevante para la protección al medio ambiente en el cuadro de las normas que reglamentan la conducción de la guerra es el Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra de 1949. El párrafo 3° del Artículo 35 instituye, como “norma básica”, la prohibición de una conducta concebida “para causar, o que se presuma que va a causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”. Se trata de un umbral sensiblemente más elevado que aquel consignado en la ENMOD, pues requiere no solo que el daño sea duradero (significando un período de varios años o incluso décadas), sino que sea extenso y grave.

El Protocolo Adicional I hace referencia expresa a la necesidad de proteger el medio ambiente, y reitera la prohibición en el 1° párrafo del Artículo 55, vinculándola a la “salud o a la supervivencia de la población”. El instrumento instituye, incluso, sanciones penales en el caso de “infracciones graves” a las cuatro Convenciones de Ginebra o al propio Protocolo Adicional I, declarando que tal conducta debe ser considerada crimen de guerra.<sup>19</sup> Es un avance considerable para la protección del medio ambiente en tiempos de guerra pero, en términos prácticos, puede ser casi imposible demostrar qué umbral de daños implicaría una condena por infracción grave.

### **El alto umbral de las normas internacionales**

El alcance de los Artículos 33(3) y 51(1) del Protocolo Adicional I fue objeto de análisis directo e indirecto en un gran número de foros. En su Opinión Consultiva en el Proceso sobre la Legalidad de la Amenaza o del Uso de Armas Nucleares, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) confirmó la obligación legal internacional consuetudinaria de que los Estados “aseguren que las actividades conducidas bajo su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de áreas situadas fuera del control nacional [...]”.<sup>20</sup>

Sin embargo, la Corte no prescribió ninguna

responsabilidad penal por infringir esta obligación, por lo que solo se podría recurrir a los principios de responsabilidad de los Estados. La Corte Internacional de Justicia analizó los dispositivos del Protocolo Adicional I y ratificó la obligación general de proteger el ambiente natural contra daños ambientales extensos, duraderos y graves – sin orientar en cuanto a la interpretación de estos criterios –, y la prohibición de atacar al medio ambiente bajo pretexto de represalias.<sup>21</sup> No consideró, sin embargo, que las cuestiones ambientales representarían “obligaciones de restricción total” en el transcurso de conflictos armados. En su lugar estableció que las cuestiones ambientales deberían ser tenidas en cuenta al evaluar lo que es “necesario y proporcional en la búsqueda de objetivos militares legítimos”.<sup>22</sup>

En esencia, la Corte Internacional de Justicia dejó de priorizar la protección al medio ambiente ante cuestiones de necesidad militar. Aceptó la inexorabilidad de la destrucción ambiental en los conflictos armados y reiteró el mismo alto umbral para caracterizar los daños, tal como lo especifica el Protocolo Adicional I, sin que este daño constituyera una infracción al derecho internacional.

Posiblemente la Corte tenga la oportunidad de rever la cuestión. Tras el bombardeo de la OTAN sobre Serbia y Kosovo durante la Operación Fuerza Aliada (marzo a junio de 1999), el Gobierno de Yugoslavia (actualmente Serbia y Montenegro) inició acciones ante la CIJ contra diez países de la OTAN. El requeriente solicitó medidas provisionales argumentando que los Estados de la OTAN habían violado su obligación de “proteger el ambiente” y no causar daños ambientales considerables. Yugoslavia argumentó, por ejemplo: “El bombardeo de refinerías y tanques de almacenado de petróleo, así como también de fábricas de productos químicos, necesariamente produce una contaminación masiva del ambiente, representando una amenaza a la vida humana, a la fauna y a la flora. El uso de armas conteniendo ojivas de uranio empobrecido está teniendo consecuencias duraderas para la salud humana”.<sup>23</sup>

La Corte Internacional de Justicia no dio lugar a los pedidos de medidas provisionales y, hasta el presente, los procesos vienen siendo discutidos esencialmente en torno a cuestiones preliminares de jurisdicción. Todos los Estados de

la OTAN alegan que la Corte no tiene jurisdicción para dar acogimiento al asunto, ni podría tenerla. Ya se rechazaron acciones incoadas contra España y contra los Estados Unidos en base a esta alegación. No está claro si la Corte Internacional de Justicia entenderá tener jurisdicción en relación a los procesos instituidos contra los otros ocho países de la OTAN. En caso de que la CIJ considere las cuestiones de jurisdicción a favor de la parte requeriente, es probable que sea llevada a inclinarse a las obligaciones de un Estado de proteger el ambiente en tiempos de conflicto armado.

Las acciones de la OTAN durante la Operación Fuerza Aliada fueron objeto de análisis también en otro foro. En el juicio *Bankovic y Otros contra Bélgica y Otros 16 Países Contratantes*,<sup>24</sup> la Gran Cámara de la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que era inadmisibile, por motivos jurisdiccionales, una petición contra todos los países europeos de la OTAN que formaban parte de la Convención Europea de Derechos Humanos, presentada por parientes de personas que perecieron durante el bombardeo del sistema de radio y televisión de Serbia.

Además, la Oficina de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia nominó una Comisión de Peritos para determinar si había evidencias suficientes que justificaran una investigación de las acciones de la OTAN durante el período en cuestión. Al final, el Parecer de la Comisión de Peritos concluyó que no había evidencias suficientes para justificar tal investigación, y esa recomendación fue integralmente aceptada por la Oficina de la Fiscalía.<sup>25</sup>

Durante la elaboración de su Opinión, la Comisión tuvo en cuenta los posibles daños ambientales causados por las acciones de fuerzas de la OTAN. Se fundamentó en los requisitos consignados en los Artículos 35(3) y 55 del Protocolo Adicional I y confirmó la obligación consolidada en el derecho internacional consuetudinario de evitar daños ambientales duraderos **excesivos**, incluso durante el bombardeo de blancos militares legítimos.<sup>26</sup> La Opinión concluyó, no obstante, que ese criterio representaba “un umbral muy elevado de aplicación”. Pero la Comisión no logró definir de forma clara el sentido de “excesivo” en el contexto de daños duraderos al ambiente y, por ese motivo, no pudo concluir que las acciones de fuerzas de la OTAN infringían la norma. Cabe destacar que

la Comisión llegó a esta conclusión aun reconociendo que el impacto efectivo de los bombardeos de la OTAN era “desconocido y difícil de mensurar” en aquella época.

Aunque la Comisión no hubiera recomendado la apertura de una investigación formal, tal investigación estaba claramente delimitada en el ámbito de competencia de la Oficina de la Fiscalía y sería justificable. Quedó claro que las acciones específicas examinadas por la Comisión se situaban en el ámbito de jurisdicción del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. Así también, los actos similares podrán, bajo determinadas circunstancias, ser abarcados por el mandato del Tribunal Penal Internacional, presumiéndose satisfechas la jurisdicción *ratione temporis* y otras precondiciones al ejercicio de la jurisdicción especificadas en el Estatuto de Roma.

### La aplicabilidad del Estatuto de Roma

El Tribunal Penal Internacional fue creado para enfrentar “crímenes de mayor gravedad, que afectan a la comunidad internacional en su conjunto”.<sup>27</sup> El Estatuto de Roma entró en vigencia el 1° de julio de 2002, tras la 60ª ratificación del tratado y, en el momento en que se redacta este artículo, hay 97 signatarios. El TPI tiene jurisdicción sobre los siguientes crímenes cometidos después del 1° de julio de 2002:<sup>28</sup>

- a. *Crimen de Genocidio.*
- b. *Crímenes de lesa Humanidad.*
- c. *Crímenes de Guerra.*
- d. *Crimen de Agresión (todavía a ser definido).*

En 2001, un estudio elaborado por el Instituto de Política Ambiental del Ejército de los Estados Unidos<sup>29</sup> concluyó que difícilmente el TPI sería convocado para establecer responsabilidades por crímenes ambientales producidos por acciones militares, por lo menos en lo que se refiere a operaciones internacionales de mantenimiento de la paz. El estudio consideró solo la definición de Crímenes de Guerra contenida en el Estatuto de Roma y, más específicamente, lo dispuesto en el Artículo 8(2)(b)(iv), el único dispositivo del instrumento que hace mención expresa al medio ambiente.

En vista de la necesidad de asegurar que los actos que

configuren un crimen ambiental sean objeto de medidas judiciales, es importante tener en cuenta no solo el alcance de este único dispositivo, sino, igualmente, otros dispositivos del Estatuto de Roma, buscando identificar cuáles serían aplicables – en determinadas circunstancias – a actos concebidos para producir daños significativos al medio ambiente. Así, los tres apartados que siguen examinarán cada uno de los crímenes definidos dentro de la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional.

### *¿Los crímenes ambientales configuran un genocidio?*

El Crimen de Genocidio está definido en el Artículo 6 del Estatuto de Roma. Espeja la definición contenida en la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, de 1948 (Convención contra el Genocidio), así como también en los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia [ICTY, sigla en inglés] y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda [ICTR, sigla en inglés]. El genocidio ha sido identificado como el “crimen de los crímenes”, y requiere un umbral de intención muy elevado para que se justifique una condena, una “intención de destruir, en su totalidad o en parte, un grupo étnico, racial o religioso”.<sup>30</sup>

A pesar de la relevancia de la Convención contra el Genocidio, el significado de esta definición no fue tenido en cuenta judicialmente durante muchos años. Aunque hubiera un pequeño número de casos domésticos con este alcance,<sup>31</sup> faltaba la difusión de una voluntad política que tipificara el crimen en el plano nacional.<sup>32</sup> Además, los signatarios de la Convención contra el Genocidio no instituyeron una “corte penal internacional”, conforme dicta el Artículo 6. En efecto, fue solo en 1998 – a los exactos cincuenta años de la adopción de la Convención contra el Genocidio – que un tribunal penal internacional (el Tribunal Penal Internacional para Ruanda) por fin analizó el significado de la definición con algún nivel de detalle. Y solo muy recientemente atestiguamos las primeras condenas en base a este crimen.<sup>33</sup>

La definición de genocidio no incluye acciones que pretendan destruir un grupo (en su totalidad o en parte) en razón de su cultura; no existe en el derecho penal internacional el concepto de genocidio cultural, aunque muchos lo

consideren necesario. La noción de genocidio cultural fue de hecho excluida intencionalmente de las deliberaciones y negociaciones preliminares que precedieron la forma final de la definición de genocidio en la Convención contra el Genocidio. El alcance preciso del crimen fue definido en base al principio de que sería necesario clasificar al grupo perjudicado en una de las cuatro categorías arriba mencionadas antes de poder caracterizar al genocidio como tal.

Dejando de lado esta cuestión por un momento, se pueden prever perfectamente actos de degradación deliberada del ambiente para destruir a un grupo de seres humanos (o parte de él), perjudicando su capacidad de mantener su modo de vida y su cultura. En este sentido, el Estatuto de Roma especifica, como acto que configura genocidio: “sujeción intencional del grupo a condiciones de vida con vistas a provocar su destrucción física, total o parcial”, siempre que los demás hechos que tipifican el crimen también estén presentes.<sup>34</sup>

El drenaje de los pantanos de Irak meridional o la destrucción de selvas de las cuales grupos indígenas locales dependen para su subsistencia se pueden encuadrar en esta descripción. Aun así es posible que el grupo en cuestión no constituya uno de los agrupamientos mencionados en la definición. A primera vista, tal vez parezca que esto imposibilita la clasificación de tales hechos como genocidio (aun presumiendo que contenga todos los demás elementos caracterizadores del crimen) sujeto a la jurisdicción del TPI.

La clasificación del crimen en uno de los cuatro grupos especificados en la definición del Estatuto de Roma no es, sin embargo, tan evidente como podría parecer. En un caso reciente, el Tribunal Internacional para Ruanda<sup>35</sup> se vio frente a un proceso contra el alcalde de una comunidad local, acusado de genocidio. Quedó demostrado que el acusado tenía la intención de “destruir” a los tutsis, atendiendo, por lo tanto, al criterio de intencionalidad. Sin embargo, el Tribunal para el Enjuiciamiento se vio imposibilitado de clasificar a los tutsis en uno de los grupos descritos en la definición del crimen. Ante esto, el Tribunal promovió una extensión del sentido del Artículo 2 del Estatuto del ICTR, considerando que sus dispositivos se aplicaban a un grupo “estable” y “permanente”<sup>36</sup> y, por consiguiente, consideró al acusado culpable por el



Crimen de Genocidio. Aunque el resultado pueda haber sido loable, dadas las circunstancias del caso, el Tribunal claramente promovió una lectura de los términos de la definición, extrapolando su significado usual.<sup>37</sup>

Este abordaje, por cierto, no fue adoptado en el juicio contra Sikirica y Otros,<sup>38</sup> en el que, al contrario de algunas jurisdicciones nacionales, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia [ICTY] sistemáticamente desconsideró el encuadramiento del genocidio cultural en la definición de genocidio que consta en el tratado. Además, la jurisprudencia del ICTY también confirma que, en la definición de genocidio fundamentada en el tratado, el término “destruir” significa la destrucción física del grupo en cuestión.<sup>39</sup>

Aun así, el abordaje más abarcador adoptado por el Tribunal Internacional para Ruanda en el proceso contra Akayesu alerta sobre distintos aspectos que pueden ser relevantes en la cuestión de los crímenes ambientales. En caso de que se aceptara una extensión de los grupos referidos, tendría cabida aplicar el concepto al genocidio cultural perpetrado por medio de la destrucción del hábitat o de los recursos naturales de los cuales dependen las poblaciones indígenas o minoritarias. Además, demuestra la inadecuación de la actual definición de genocidio, en función de la naturaleza compleja de las acciones practicadas en la tentativa de eliminar determinados grupos. Queda claro que una definición acuñada hace más de 50 años – para ser aplicada al más horrendo de los actos humanos – requiere una actualización que la ponga a la altura a los eventos contemporáneos.

Sin embargo, en ausencia de tal actualización, es improbable que la destrucción del ambiente natural pueda ser, por sí misma, condenada como hecho de genocidio. Mucho más ante la necesidad de evitar que la Fiscalía y el TPI sean vistos como “creadores” de crímenes, lo que podría inhibir la aceptación futura del Tribunal por parte de un conjunto más amplio de la comunidad internacional.

### *¿Los crímenes ambientales son Crímenes de lesa Humanidad?*

Aunque la denominación ya haya sido empleada antes, el concepto de “Crímenes de lesa Humanidad” solo fue

formalmente clasificado como una categoría propia de crimen después de la Segunda Guerra Mundial. Incluido en la Carta de Nuremberg y en la Carta de Tokio, su objetivo evolucionó, con el tiempo, en los distintos estatutos de los tribunales internacionales *ad hoc*. La definición de Crímenes de lesa Humanidad que consta en el Estatuto de Roma es más amplia que sus formulaciones anteriores y, en gran medida, basada en el derecho internacional consuetudinario, a pesar de mantener varias diferencias.<sup>40</sup>

A pesar de la extensión de su alcance, no hay ninguna mención específica al medio ambiente en la definición del crimen, aunque una parte de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* haya hecho referencia a los daños ambientales al discutir los aspectos más amplios del crimen. Pareciera, no obstante, que la definición que consta en el Estatuto de Roma facultaría a incluir los crímenes ambientales en su ámbito. Las opciones más probables en este sentido serían los actos encuadrados en los Artículos 7(1)(h) y 7(1)(k) del Estatuto de Roma. El Artículo 7(1)(h) se refiere a la “[...] persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, [...] o en función de otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional [...]” (subrayado nuestro). En el Artículo 7(2)(g) la caracterización de los grupos es más amplia que para el Crimen de Genocidio. El término “persecución” viene definido como “privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional [...]”.

La destrucción deliberada del hábitat o del acceso a alimento o a agua potable en escala significativa podría representar una infracción a los derechos humanos fundamentales de las personas del grupo objeto, tal como sería el caso de otros actos de destrucción ambiental. Los distintos instrumentos que colectivamente constituyen la “Carta Internacional de los Derechos Humanos”<sup>41</sup> y el derecho internacional consuetudinario confirman que estos son derechos fundamentales del individuo.

Otro aspecto del concepto de Crímenes de lesa Humanidad que puede ser relevante reside en el alcance del Artículo 7(1)(k), que se refiere a “otros actos inhumanos [...] que causen intencionalmente grandes sufrimientos, o atenten

gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Una vez más se puede vislumbrar la posibilidad de encuadrar en esta definición determinados actos que configuran crímenes ambientales.

Por consiguiente, el concepto de Crimen de lesa Humanidad, incluso con su actual definición en el Estatuto de Roma, representa una herramienta útil que posibilita denunciar crímenes ambientales ante el TPI. Está claro que será necesario comprobar la presencia de los demás elementos del crimen, inclusive “[...] ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (Artículo 7, 1), antes de poder sustentar una condenación. Por cierto, será mayor la posibilidad de recurrir a este crimen, que al de genocidio, para incoar una acción, debido a que es de más amplio alcance. De hecho, bien puede ser estratégicamente ventajoso y simbólicamente importante para la Fiscalía del TPI denunciar un acto de crimen ambiental con fundamento en Crimen de lesa Humanidad, por extensión (o como alternativa) a los Crímenes de Guerra, dado que al primero en general se lo concibe como el crimen más horrendo.<sup>42</sup>

### *Los Crímenes de Guerra y el medio ambiente*

Conforme lo referido más arriba, el medio ambiente está expresamente citado en uno de los dispositivos del Estatuto de Roma que definen los Crímenes de Guerra. El Artículo 8(2)(b)(iv) especifica que, dentro del alcance de un conflicto internacional armado, los siguientes actos pueden constituir un crimen de guerra: “Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará bajas mortales, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”.

Este dispositivo requiere una evaluación de los daños confrontada con la ventaja militar pretendida, pero define un umbral muy elevado en cuanto a los daños al ambiente para que la acción sea encuadrada como crimen. En efecto, una comparación entre este dispositivo y el Artículo 55(1) del Protocolo Adicional 1 señala cómo el nivel de acción dolosa necesario para caracterizar un crimen fue, de hecho, ampliado.

Actos que podrían infringir el Artículo 55(1) no constituyen necesariamente un crimen de guerra en los términos de este dispositivo, visto que el Artículo 8(2)(c)(iv) incluye como criterio que el daño sea “manifiestamente excesivo”. Las dificultades relativas al criterio de daños “excesivos” (para no hablar de daños “manifiestamente excesivos”) ya fueron antes tratadas.

Además, la exigencia de tenerse en cuenta la ventaja militar pretendida al evaluar el daño al ambiente – tampoco incluida en el Artículo 55(1) del Protocolo Adicional 1 – agrega un componente más de incertidumbre y subjetividad a la evaluación de una acción específica. Incluso, la Comisión que examinó las acciones de la OTAN durante la Operación Fuerza Aliada concluye que – en los términos del Artículo 8(2)(b)(iv) – se hacía también necesario identificar conocimientos efectivos o prospectivos en cuanto a los graves efectos ambientales de un ataque militar, antes de comprobarse la ocurrencia de un crimen.

Así, parece haber un riesgo real de que sea prácticamente imposible atender a los criterios para la aplicación del Artículo 8(2)(b)(iv). Aunque haya una clara referencia al medio ambiente, puede ser muy difícil obtener una condenación basada en este dispositivo cuando se trate de un acto que configura un crimen ambiental, dada la extensión del daño necesario para alcanzar el umbral definido. Al respecto, otras condiciones abarcadas por la definición de Crímenes de Guerra en el Estatuto de Roma pueden ayudar a enfrentar la cuestión de los crímenes ambientales. En los dispositivos relativos a “infracciones graves”, tal vez se pueda aplicar lo dispuesto en los Artículos 8(2)(a)(iii)<sup>43</sup> y 8(2)(a)(iv).<sup>44</sup>

Aún en el contexto de conflictos internacionales armados, lo que está establecido en los Artículos 8(2)(b)(v),<sup>45</sup> 8(2)(b)(xvii)<sup>46</sup> y 8(2)(b)(xviii)<sup>47</sup> del Estatuto de Roma también parece aplicable en circunstancias apropiadas. Desgraciadamente, los dispositivos relevantes del Artículo 8 no parecen contemplar posibilidades similares para denunciar crímenes ambientales en el contexto de un conflicto armado no internacional, tal vez con la excepción del Artículo 8(2)(e)(xii).<sup>48</sup> Como pudimos atestiguar en la tragedia de Darfur, la destrucción ambiental deliberada puede muy bien ser perpetrada en el contexto de un conflicto interno, en especial

en las áreas en las que un grupo objeto suele habitar. No existe ningún motivo lógico para que los dispositivos del Estatuto de Roma referidos a este tipo de conflicto no hayan sido redactados como para incluir más fácilmente la posibilidad de caracterizar crímenes ambientales.

Aunque se deban observar varios umbrales jurídicos para poder justificar una decisión condenatoria por Crímenes de Guerra, este crimen parece constituir, no obstante, un área potencialmente fértil para denunciar crímenes ambientales, por lo menos en el contexto de conflictos armados internacionales. De acuerdo con lo dicho, sin embargo, este no es el único crimen aplicable. Pueden existir buenos motivos jurídicos y otros para considerar la aplicación de dispositivos relativos a Crímenes de lesa Humanidad, e incluso (aunque menos probable), a genocidio. Lo importante es resaltar que el potencial de denuncia no se limita al único dispositivo del Estatuto de Roma que hace mención expresa al medio ambiente.

## Observaciones finales

Los derechos ambientales representan un componente importante de los derechos humanos fundamentales. Sin acceso a un ambiente seguro, las poblaciones humanas pueden no subsistir, ni siquiera a un nivel mínimo. El derecho de vivir en un ambiente seguro requiere la protección por medio de mecanismos jurídicos adecuados y factibles. La relevancia de estos derechos significa que la destrucción deliberada del ambiente, incluso durante un conflicto, está restringida por los principios de la legislación ambiental y puede implicar la responsabilidad del Estado. Sin embargo, el requisito básico de la seguridad ambiental significa que los actos practicados con la intención de comprometer gravemente los derechos ambientales durante un conflicto también generan responsabilidad penal. Debemos juzgar con mucho rigor a las personas que aplican estrategias destinadas a infligir daños ambientales significativos persiguiendo metas militares.

El cumplimiento de la legislación que protege la seguridad ambiental debe caber a las instituciones internacionales creadas como resultado de procesos diplomáticos, jurídicos y políticos. La integridad de los derechos ambientales significa que su

protección debe ser asegurada por órganos creados con la aceptación general (idealmente, universal) de la comunidad internacional. El TPI es el primer y único tribunal penal internacional **permanente** (por lo menos en la etapa actual) y, como tal, representa el foro judicial apropiado para enjuiciar tales actos, a pesar de la resistencia que aún sufre por parte de Estados Unidos y de otros países.

Uno de los principales objetivos que llevaron a constituir el Tribunal Penal Internacional fue cohibir y castigar los más graves crímenes internacionales, que también “amenazan la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.<sup>49</sup> La destrucción deliberada del ambiente para fines estratégicos y militares, con sus secuelas desastrosas para las poblaciones humanas, se encuadra claramente en esta descripción.

La jurisdicción del TPI se limita, sin embargo, a los crímenes específicos definidos en el Estatuto de Roma. Es importante que el Tribunal y su Fiscalía actúen de modo a evitar acusaciones de que están sobrepasando sus respectivas competencias, dada la naturaleza altamente política de la oposición al Tribunal. Esto significa que, aunque siempre surjan nuevos ejemplos de acciones inaceptables practicadas por seres humanos contra otros seres humanos, no podemos esperar que el Tribunal desempeñe su papel hasta que tales acciones puedan ser claramente encuadradas en los crímenes ya definidos de la competencia del TPI.

A pesar de estas limitaciones, la institución de procesos contra crímenes ambientales en los términos de la actual jurisdicción del Tribunal es posible y apropiada, congruente con los dispositivos del Estatuto de Roma, siempre que las circunstancias así lo justifiquen. No existe una razón jurídica impositiva. Cuando otros comentaristas excluyen de antemano la posibilidad de que el TPI desempeñe un papel en relación a los crímenes ambientales, están haciendo una evaluación incorrecta. El daño ambiental, claro, tendría que ser, en la práctica, muy serio, y el sufrimiento del grupo afectado, muy grave, para justificar una iniciativa por parte de la Fiscalía.

Sea como sea, conforme sugiere este breve análisis, los militares y otras personas involucradas en conflictos armados no pueden actuar sin tener en cuenta el impacto de sus actos sobre el medio ambiente. En caso de que así procedan, en especial en los casos en que el propio ambiente es – directa o

indirectamente – el objeto de las acciones, podrán ser enjuiciados en los términos del Estatuto de Roma.

Si de hecho esto llegara a ocurrir, al menos a corto y mediano plazos, pesarán tanto las consideraciones de orden político como las estrictamente jurídicas. Sin embargo, la condena por tales crímenes constituiría un importante paso más para poner fin a la impunidad de aquellos que cometen las más serias violaciones de los derechos humanos despreciando completamente la seguridad humana.

## NOTAS

1. "Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case", 1996. ICJ Rep. 242, parágrafo 29.
2. Primer Principio de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo), de 1972. UN Doc. A/CONF/48/14/REV.1.
3. Véase Comisión de Seguridad Humana de la ONU, "Human Security Now". Nueva York, 2003, pp. 16-18.
4. Véase Informe del Alto Comisionado para Derechos Humanos, "Situation of Human Rights in Darfur Region of the Sudan", 7 mayo 2004. UN Doc. E/CN.4/2005/3, párrafos 50 y 73.
5. Nota emitida por el Presidente del Consejo de Seguridad, UN SCOR, 3046<sup>th</sup> meeting, UN Doc. S/23500 (1992).
6. "Un acto internacionalmente ilícito que resulte de la violación por parte de un Estado de una obligación internacional tan esencial para salvaguardar los intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación sea reconocida como crimen por esa comunidad internacional como un todo [...]." Proyecto del Artículo 19(2).
7. Proyecto del Artículo 19(3)(c) y (d), respectivamente.

**8.** El Artículo 52 del proyecto establecía:

*Cuándo un hecho internacionalmente ilícito de un Estado constituye un crimen internacional:*

- a. el derecho de un Estado lesionado a obtener una compensación en especie no está sujeto a las limitaciones consignadas en los subpuntos (c) y (d) del Artículo 43;*
- b. el derecho de un Estado lesionado a obtener satisfacción no está sujeto a las restricciones que constan en el párrafo 3° del Artículo 45.*

El Artículo 53 del proyecto establecía:

*Un crimen internacional cometido por un Estado impone a todos los demás Estados la obligación de:*

- a. no reconocer como lícita la situación creada por el crimen;*
- b. no prestar asistencia o auxilio al Estado que cometió el crimen para mantener la situación así creada*
- c. cooperar con otros Estados en la implementación de las obligaciones definidas en los subpuntos (a) y (b) precedentes;*
- d. cooperar con otros Estados en la aplicación de medidas concebidas para eliminar las consecuencias del crimen.*

**9.** *Yearbook of the International Law Comisión* n. 2, 1976, pp. 109-119.

**10.** Véase en D. J. Harris, 1998, p. 489, la referencia a los comentarios publicados por Rosenstock, representante de los Estados Unidos en la ILC, en *American Journal of International Law*, n. 89, 1995, pp. 390-393.

**11.** Resolución n. 56/83 de la Asamblea General de la ONU. "Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts". 12 de diciembre de 2001. UN Doc. A/Res/56/83.

**12.** Resolución n. 687 (1991) del Consejo de Seguridad de la ONU, 3 de abril de 1991, párrafo 16.

**13.** Id., párrafo 18.

**14.** Véase, por ejemplo, el párrafo 21 de "The 1994 Draft Declaration of Principles on Human Rights and the Environment". Disponible en <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/1994-dec.htm>>. Consultado el 3 de febrero de 2005.

**15.** UN Doc. A/CONF.151/26/Rev 1, (1992) 31 ILM 874.

**16.** Obviamente, también podrá haber una legislación municipal relevante que establezca las normas de las actividades de un determinado Estado en relación con el medio ambiente.



17. El Consejo de Europa preparó una decisión de referencia sobre esta cuestión en enero de 2003, como respuesta a la adopción de una directiva sobre la misma problemática (pero en términos distintos) por parte de la Comisión Europea, en 2001. Este conflicto institucional entre los dos órganos sigue abierto. Véase el sitio <<http://europa.eu.int/comm/environment/crime/>>. Consultado el 12 de septiembre de 2004.
18. Resolución de la Asamblea General de la ONU 47/37, UN Doc. A/RES/47/37, 25 nov. 1992.
19. Protocolo Adicional I, Artículo 85(5).
20. International Court of Justice, Report 242, parágrafo 29, 1996.
21. Id., parágrafo 31.
22. Id., parágrafo 30.
23. Legality of the Use of Force (Serbia and Montenegro vs. Belgium). Request for Indication of Provisional Measures. Parágrafo 3º.
24. Application 52207/99, Grand Chamber, 12 de diciembre de 2001.
25. Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, 13 de junio de 2000: (2000) 39 ILM 1257.
26. Id., parágrafo 23.
27. Estatuto de Roma, Preámbulo, parágrafo 4º.
28. Id., Artículo 5(1).
29. J. Sills et al. "Environmental Crimes in Military Actions and the International Criminal Court". Disponible en <<http://www.acunu.org/millennium/es-icc.html>>. Consultado el 7 de febrero de 2005.
30. Convención contra el Genocidio, Artículo II; Estatuto del ICTY, Artículo 4(2); Estatuto del ICTR, Artículo 2(2); Estatuto de Roma, Artículo 6.
31. El más significativo de estos fue la acción incoada por el Ministerio de Justicia del Gobierno de Israel contra Eichman (1961), 36 ILR 5.
32. Australia, por ejemplo, no implementó debidamente la Convención contra el Genocidio en su legislación nacional y, por consiguiente, faltaba una legislación interna que previera demandas fundamentadas en genocidio ante los tribunales australianos. Véase Nulyarimma vs. Thompson (1999) FCA 1192. Esta situación

se modificó al menos en parte, después de lo establecido por el Tribunal Penal Internacional (Consequential Amendments) Act 2002 (Cth), como parte del proceso de implementación del Estatuto de Roma en la legislación australiana.

**33.** Ver ICTR, Judgement Prosecutor vs. Akayesu, Case n. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998.

**34.** Estatuto de Roma, Artículo 6(c).

**35.** Trial Chamber I of the ICTR, Prosecutor vs. Akayesu, Case n. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998.

**36.** Id., párrafo 511.

**37.** Ver la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969. 1155 UNITS 331, Artículo 31(1).

**38.** ICTY, Judgement on Defence Motions to Acquit, Prosecutor vs. Sikirica, Dosen and Kolundzija, Case n. IT-95-8, 3 de septiembre de 2001.

**39.** ICTY, Judgement, Prosecutor vs. Jelesiaæ, Case n. IT-95-10-I, 14 de diciembre de 1999, párrafos 78-83; e ICTY, Judgement (Appeals Chamber) Prosecutor vs. Krstic, Case n. IT-98-33-A, 19 de abril de 2004.

**40.** Así, por ejemplo, el TPI incluye un abanico más amplio de hechos que incorpora la violencia sexual en la esfera de los crímenes de lesa humanidad que el Estatuto del ICTY o del ICTR. El Artículo 7(g) del Estatuto de Roma incluye “[...] esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia en el campo sexual de gravedad comparable” en el ámbito de hechos que pueden constituir Crímenes de lesa Humanidad, junto con “violación”, que es el término empleado tanto en el Estatuto del ICTY como en el del ICTR. Ver A. Cassese, 2003, pp. 91-94.

**41.** Incluyendo en esa denominación a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, Resolución 217(A) de la Asamblea General de las Naciones Unidas; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [ICCPR, sigla en inglés], de 1966, 999 UNITS 171; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [ICESCR, sigla en inglés], 999 UNITS 3. Así, por ejemplo, el Artículo 11(1) del ICESCR reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado [...], incluso a la alimentación adecuada [...]”.

**42.** Comprueba esta diferencia el hecho de que el Estatuto de Roma (Artículo 124) prevé un período de “transición” de siete años, durante el cual los Estados-Partes del tratado pueden “no aceptar la competencia del Tribunal”

referido a los Crímenes de Guerra; pero no existe un dispositivo equivalente para los Crímenes de Genocidio o para los Crímenes de lesa Humanidad.

43. “[...] causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud”.

44. “La destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente” – por ejemplo, diques.

45. “Atacar o bombardear [...] ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares.”

46. “Emplear veneno o armas envenenadas.”

47. “Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo.”

48. “Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo.”

49. Estatuto de Roma, Preámbulo, párrafo 3º.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. “Current Issues in International Criminal Law”.  
14 *Criminal Law Forum* 225, 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. 2.ed. La Haya: Kluwer Law, 1999.

BERAT, Lynn. “Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Geocide in International Law”. 11 *Boston University International Law Journal* 327, 1993.

BIRNIE, Patricia y BOYLE, Alan. *International Law & the Environment*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

- CHO, Byung-Sun. "Emergence of an International Environmental Criminal Law?". 19:1 *UCLA Journal of Environmental Law & Policy* 11, 2001.
- COTTIER, Michael. "Did NATO Forces Commit War Crimes During the Kosovo Conflict? Reflections on the Prosecutor's Report of 13 June 2000". In: F. HORST et al. (eds.). *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*. Berlín: Arno Spitz, 2001.
- FAUTEX, Paul y GÜNDLING, Lothar. "The Role of War". 22:3 *IUCN Bulletin* 25, 1991.
- FREELAND, Steven. "The Bombing of Kosovo and the Milosevic Trial: Reflections on Some Legal Issues". *Australian International Law Journal*, 150, 2002.
- \_\_\_\_\_. "Human Security and the Environment – Prosecuting Environmental Crimes in the International Criminal Court". Documento presentado en la 12<sup>th</sup> Annual Conference of the Australian and New Zealand Society of International Law. *International Law and Security in the Post-Iraq Era: Where to for International Law?* Canberra, Australia, 18-20 jun. 2004.
- GALLANT, Kenneth S. "Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts". 48:3 *Villanova Law Review* 764, 2003.
- GLICKMAN, Rachel et al. "Environmental Crimes". 40:2 *American Criminal Law Review* 413, 2003.
- HARRIS, David J. *Cases and Materials on International Law*. 5.ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1998.
- HUNTER, David et al. *International Environmental Law and Policy*. 2.ed. Nueva York: Foundation Press, 2002.
- KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- MCCAFFERY, Stephen C. "Crimes against the Environment". 1 *International Criminal Law* 541, 1986.
- NORDQUIST, Myron N. "Panel Discussion on International Environmental Crimes: Problems of Enforceable Norms and Accountability". 3 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 697, 1997.

- ORREGO VICUÑA, Francisco. Rapporteur on the Subject of Environmental Responsibility and Liability, Final Report Prepared for the Eighth Committee of the Institut de Droit International. "Responsibility and Liability for Environmental Damage Under International Law: Issues and Trends". 10 *The Georgetown International Environmental Law Review* 279, 1998.
- SCOVAZZI, Tullio. "State Responsibility for Environmental Harm". 12 *Yearbook of International Environmental Law* 43, 2001.
- SHAW, Malcolm. *International Law*. 5.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- SILLS, Joe; GLENN, Jerome C.; FLORESCU, Elizabeth; y GORDON, Theodore J. "Environmental Crimes in Military Actions and the International Criminal Court". Disponible en <<http://www.acunu.org/millennium/es-icc.html>>. Consultado el 7 de febrero de 2005.
- STEINER, Henry J. y ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- SYMONIDES, Janusz (ed.). *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*. Ashgate, Gran Bretaña: UNESCO Publishing, 2003.
- TECLAFF, Ludwik A. "Beyond Restoration – the Case of Ecocide (The International Law of Ecological Restoration)". 34:49 *Natural Resources Journal* 33, 1994.
- TINKER, Catherine. "Environmental Security in the United Nations: Not a Matter for the Security Council". 59 *Tennessee Law Review* 787, 1992.
- UNCHS (United Nations Commission on Human Security). *Human Security Now*. Nueva York, 2003.
- UNHCHR (United Nations High Commissioner for Human Rights). "Situation of Human Rights in Darfur Region of the Sudan". UN Doc. E/CN.4/2005/3, 7 de mayo de 2004.

FIONA MACAULAY

Profesora del Departamento de Estudios de la Paz,  
Universidad de Bradford, Reino Unido.

## RESUMEN

Este artículo analiza las distintas modalidades de participación de la sociedad civil y del Estado en el terreno de la seguridad ciudadana en Brasil. Inicialmente evalúa los progresos alcanzados en la apertura de nuevos espacios de intervención de la sociedad civil (en las funciones de asesoría, fiscalización e incluso en la prestación de servicios) en varias esferas de las políticas públicas, así como las dificultades específicas provenientes del sistema penal brasileño. Prosigue con un análisis de las actividades de organizaciones no gubernamentales en el policiamiento y en el sistema prisional. Concluye constatando que el riesgo de que se produzca una “apropiación institucional” es mucho mayor en el primer caso porque la policía recela que la sociedad civil monitoree sus actividades, y la cultura del policiamiento comunitario todavía no está arraigada. Pero el sistema prisional viene mostrándose más abierto a los cambios, con trabajos altamente creativos en colaboración entre el Estado y las ONG locales, transformando la administración y la cultura de algunas cárceles de pequeño porte. [Texto original en inglés.]

# COOPERACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LA SOCIEDAD CIVIL PARA PROMOVER LA SEGURIDAD CIUDADANA EN BRASIL

Fiona Macaulay



## Introducción

La participación de la sociedad civil en la elaboración de políticas sociales viene apareciendo como uno de los temas predominantes de la Agenda para una Nueva Política. Existen de hecho distintas situaciones en las cuales el ciudadano común puede ser incluido en las políticas sociales, como por ejemplo: elaboración de directrices, distribución de recursos, asesoría a órganos públicos, prestación de servicios de base, seguimiento de la implementación y de la presentación de cuentas a los órganos públicos. Los ciudadanos pueden ser convocados solos o en grupos, para actuar como peritos, clientes y usuarios de los servicios, integrando la trama social. A veces, la participación de la sociedad civil no pasa de una fachada, y los formuladores de las políticas siguen sus caminos habituales sin obstáculos. Se observa, sin embargo, que en algunos sectores de las políticas públicas, o en determinadas regiones de América Latina, se han hecho esfuerzos para que la participación sea realmente significativa, como instrumento para dar poder al ciudadano y mejorar los servicios públicos. En la medida en que los ciudadanos puedan ejercer una influencia tangible sobre la elaboración de las políticas y dispongan de recursos y de estabilidad institucional para

---

Ver las notas del texto  
a partir de la página 173.

---

Las referencias bibliográficas  
de las fuentes mencionadas en  
el texto están en la página 177.

---

\* Mantenemos el término “*parceria*”, en portugués (debe leerse “parcería”), que significa “trabajo en colaboración” o “asociación entre partes”; equivalente a “*partnership*”, en inglés. [NT]

resistir a la cooptación y mantener su autonomía, esta participación resulta en lo que, para los propósitos de este artículo, denominaremos *parceria*\* entre el Estado y la sociedad civil.<sup>1</sup>

En los últimos años, los reformadores del derecho penal vienen procurando extender a los institutos de la justicia penal los principios de participación de la sociedad civil ya consolidados en otros campos de las políticas públicas. En gran medida, esta tendencia refleja la evolución de la comunidad de los derechos humanos, que pasa de la protesta reactiva y *ad hoc* contra la violencia institucional a una actitud proactiva, destinada a analizar y a reestructurar el sistema. Este artículo examina los frutos de tales esfuerzos en el terreno del policiamiento y seguridad ciudadana y también en el de la política penal (prisiones y condenas). Constata que, aunque se observen en ciertas áreas importantes progresos e innovaciones, en otras hay pocos avances y algunas resistencias institucionales atrincheradas. Establece una distinción entre dos formas de compromiso de la sociedad civil: (1) fiscalización y supervisión; y (2) participación constructiva y *parceria*. Es inevitable que el primero de ellos genere cierto antagonismo, pues la comunidad asume un papel fiscalizador y las autoridades en general reaccionan con sigilo y hostilidad. La segunda forma es más creativa, pero depende de que la sociedad civil se movilice en las áreas del orden público y de la justicia y también requiere que la administración pública ceda una parcela de su poder y de sus prerrogativas, y que proporcione la infraestructura institucional necesaria para tal interfaz.

### *La sociedad civil y el Estado en Brasil*

Este artículo enfoca el caso de Brasil y, específicamente, las políticas públicas relativas a la delincuencia y a la justicia. Por un lado, se sabe que la sociedad civil brasileña es relativamente densa (aunque distribuida de forma irregular), en función de los muchos instrumentos institucionales destinados a favorecer la participación, disponibles desde la transición democrática. La Constitución brasileña de 1988 tuvo un papel central en esto: el proceso de su elaboración fue uno de los más participativos de toda América Latina,



con 122 enmiendas de base presentadas por movimientos sociales, que reunieron más de 12 millones de firmas; muchas de estas enmiendas produjeron modificaciones en el texto final.<sup>2</sup> La nueva constitución institucionalizó, especialmente, varias formas de contribución popular para el gobierno y la elaboración de políticas públicas: plebiscitos y referendos, audiencias públicas, tribunales populares y – lo que es más pertinente para nuestra discusión aquí – la creación de una plétora de consejos mixtos que reúnen Estado y sociedad civil en los tres niveles de gobierno, para actuar como instancias consultivas en las distintas áreas de la política social (Draive, 1998; Tatagiba, 2002).<sup>3</sup>

Tales mecanismos pueden clasificarse, simplificando, en tres grupos: (1) consejos gestores, de naturaleza permanente, encargados de fiscalizar la aplicación de determinadas políticas sociales (salud, educación, servicios sociales, bienestar de la infancia y de la juventud), con poderes definidos por ley para fijar prioridades, elaborar presupuestos y fiscalizar la implementación de políticas; (2) consejos *ad hoc*, establecidos para tratar de las políticas gubernamentales específicas (por ejemplo, merienda escolar, empleo, vivienda, distribución de alimentos y desarrollo rural); y (3) consejos temáticos, que se ocupan de cuestiones tales como raza, necesidades especiales o derechos de la mujer. Para estos últimos no hay una previsión legal específica y pueden ser creados por iniciativa local.

Todos estos consejos ocupan un espacio institucional que está consignado en la legislación con alguna discrecionalidad – nacional, del estado o municipal – y se caracteriza como de “participación a convite” (Cornwall, 2002). Tal condición les asegura un cierto nivel de recursos y de continuidad, aunque el clientelismo político y la cooptación constituyan una amenaza constante. En los tres grupos la tendencia es a la composición mixta: en general, la mitad de los miembros se compone de representantes de la sociedad civil y la otra mitad pertenece a la entidad gubernamental involucrada. Es indiscutible que el modelo de relaciones entre Estado y sociedad civil basado en “consejos” ha profundizado el nivel de asociación cívica en Brasil: se estima que, en 1999, solo los consejos gestores de salud contaban con cerca de 45 mil miembros en todo el país (Tatagiba, p. 48).

El Partido de los Trabajadores (PT) viene siendo un agente particularmente importante en la promoción y en la consolidación de estos espacios institucionales con iniciativas pioneras en las administraciones de los municipios y estados, en el sentido de abrir el proceso político a formas de participación social, como en el famoso Presupuesto Participativo.<sup>4</sup> Estos espacios y procesos de participación potencialmente amplían la capacidad de la sociedad civil y del Estado para operar en sus respectivas esferas específicas, además de reunirlos de forma solidaria en busca de una efectiva solución de los problemas sociales. El PT viene sirviéndose del modelo del consejo consultivo tal como existe, pero también busca modificarlo en las distintas áreas de definición de políticas públicas, en función de disminuir los riesgos de cooptación y de tornarlo más sensible a las opiniones y a las necesidades de la sociedad civil, organizada o no.<sup>5</sup>

### *La sociedad civil y el sistema penal*

Toda burocracia tiende a ser insular y a autoalimentarse, pero su grado de resistencia a la influencia externa varía, y no todas las áreas de políticas públicas están igualmente abiertas a la participación de la sociedad civil. Por tradición, el sistema jurídico penal ha sido el más cerrado, pues está formado por instituciones que integran (por lo menos en teoría) el monopolio estatal del poder coercitivo. Los profesionales que actúan en el sistema jurídico penal tienden a desenvolver un acentuado espíritu corporativo basado en su propia formación y en las responsabilidades de control social que ejercen. Por consiguiente, suelen ser muy resistentes a cualquier injerencia externa, o a cualquier investigación sobre sus instituciones.<sup>6</sup>

En Brasil, las asociaciones profesionales de magistrados, fiscales y comisarios de policía demostraron su fuerza colectiva de varias maneras: la policía logró bloquear reformas constitucionales esperadas desde hace mucho<sup>7</sup> y los magistrados se resistieron a medidas que consideraron cercenar su autonomía.<sup>8</sup> A mediados de los años 90 se hicieron encuestas entre magistrados y fiscales que mostraron que el 86,5% de los jueces rechazaban frontalmente cualquier forma de control externo sobre la Justicia;

los fiscales presentaban una postura un poco más democrática, con solo el 35% manifestando total oposición a la fiscalización externa de sus instituciones. Aún así, consideraban que la composición de una instancia de este tipo debería hacerse fundamentalmente con miembros elegidos entre sus pares (Sadek, 1995; 1997). Sin embargo, una serie de escándalos que envolvió a la propia Justicia minó esta posición, y los magistrados fueron aceptando, con reticencias, la necesidad de un consejo supervisor mixto, con representantes de la Justicia y de la sociedad civil para recuperar la legitimidad perdida. Esta medida fue por fin aprobada en diciembre de 2004, en una reforma esperada hacía mucho tiempo. Una encuesta similar realizada entre los comisarios de la policía civil reveló que cualquier tipo de inspección de sus actividades era sistemáticamente calificada como de baja prioridad en términos de contribución a una mejora en el policiamiento, aunque la creación de consejos de policía comunitaria fue un poco mejor recibida (Sadek, 2003).

Es evidente que estos problemas de apropiación institucional y de mentalidad corporativa no son exclusivamente brasileños. En realidad son producto de la manera en que el Estado moderno enfrenta el conflicto social, el delito y la marginalidad. Como varios especialistas en derecho penal ya han señalado, en el modelo retributivo de justicia se concibe el delito como una violación al Estado. Así, el sistema judicial define la culpa y aplica penas en una disputa entre el infractor y el Estado, siendo que la víctima, o la comunidad más amplia, se mantiene ausente o silenciosa (Zehr, 1990). Los conflictos se convirtieron en “propiedad” del Estado (Christie, 1977), una lógica sobre la cual los agentes estatales construyen su edificio de competencia profesional. Tal competencia se emplea tanto contra los colegas del sistema judicial como contra los legos, como forma de defender su monopolio sobre los distintos aspectos de las instituciones legales y del orden público.

Las instituciones del sistema judicial brasileño se caracterizan por la atomización y por la hiperautonomía, tanto a nivel institucional como en la esfera del agente individual, con rivalidades y competencia entre los distintos institutos del sistema penal – policía civil y militar,

Ministerio Público, tribunales y penitenciarías – así como también entre los diversos sectores oficiales responsables de ellos. Así, por ejemplo, la policía civil en Brasil no constituye una mera fuerza de investigación, como en otros países, y ejerce una función casi judicial. La investigación policial espeja aquella conducida por los tribunales, convirtiendo al comisario de policía – obligatoriamente graduado en derecho – en un juez de primera instancia *de facto*, y a la comisaría en una “jurisdicción”, conducida por un “secretario judicial”. Esta “abogadización” de la policía (Cerqueira, 1998) compite con la Justicia y con el Ministerio Público en el control de la investigación delictiva. Es este contexto el que define el grado y el tipo de actuación de la sociedad civil sobre la Justicia.

Tales circunstancias hacen muy difícil, para los grupos de la sociedad civil, redefinir los términos del debate sobre ley y orden. Neild (1999) muestra que la terminología empleada es fundamental para modelar las ideas de “seguridad” y de relación entre el Estado y el ciudadano. El concepto de “seguridad nacional” establece la noción de *force majeure* y de hecho confiere un amplio margen de libertad para que las fuerzas de seguridad persigan, por todos los medios necesarios, alguna noción de interés nacional. El carácter militarizado de la principal fuerza policial brasileña, instituida en su forma actual durante el régimen autoritario de 1964 a 1985, sigue espejando la lógica de la seguridad nacional predominante en aquel período.

Hoy en día se habla mucho de “seguridad pública” en América Latina y en Brasil. Aquí, el bien a ser protegido aún es el interés del Estado y de las autoridades públicas, aunque muchas veces en un ámbito estrictamente local. Los que disponen de poder suficiente para adueñarse de la esfera pública y de sus recursos son los mismos para quienes es fácil tener acceso a los instrumentos de mantenimiento de la ley y del orden. Sin embargo, aquellos que están excluidos en virtud de su clase social permanecen, por definición, desprotegidos. De acuerdo con el Artículo 144 de la Constitución brasileña, la misión de la policía es la “preservación del orden público”, definido en el capítulo “De la defensa del Estado y de las instituciones democráticas”. “Orden público” y “paz social” constituyen las referencias dominantes, mientras que la figura

del ciudadano permanece ausente, incluso en un documento que articula la más completa declaración de libertades civiles. En el plano retórico, al menos, las necesidades del Estado siguen precediendo a las del individuo.

La recién acuñada expresión “seguridad del ciudadano” le retira al Estado y a la elite sociopolítica el poder de definir el miedo, el delito y la inseguridad, delegándolo a las personas del pueblo. En esta formulación, las autoridades del Estado están al servicio de la población, y no al contrario. La seguridad del ciudadano se basa, en términos ideales, en el policiamiento por consentimiento, no por represión; en el castigo con vistas a la rehabilitación, y no a la venganza. Se fundamenta también en los principios (y en las restricciones) de los derechos humanos y de las libertades civiles universales. Estas tres conceptualizaciones de seguridad son corrientes en Brasil y vienen siendo empleadas, en distintos momentos, por las autoridades públicas, por la prensa y por la sociedad civil. Así, por ejemplo, aunque la actual administración del PT sin duda tenga entre sus propuestas la seguridad del ciudadano, definida en sus propias directrices políticas,<sup>9</sup> aún está presionada en ciertas esferas para reconocer el comercio de drogas ilegales y la narcoviolenencia como una cuestión de seguridad nacional (la llamada “colombianización” de ciudades brasileñas). Las reiteradas demandas para “endurecer” los métodos de policiamiento y una visible oscilación en el ámbito de los gobiernos de los estados entre las estrategias duras y aquellas “orientadas a la comunidad” demuestran el dinamismo de este debate permanente sobre los propios términos de referencia, así como también la importancia del compromiso de la sociedad civil.

## **Policiamiento**

En el terreno del policiamiento se crearon organizaciones de la sociedad civil que persiguen dos objetivos: (1) fiscalizar las actividades de la policía, especialmente en relación a denuncias de abusos contra los derechos humanos; y (2) trabajar en conjunto con la policía local, mediante consejos formados en asociación con la comunidad, para distribuir los recursos de policiamiento de acuerdo con las necesidades y prioridades locales.

### *Supervisión*

Tras el restablecimiento del régimen democrático en Brasil, se ha observado un constante aumento en los índices de delincuencia y violencia, acompañado de una correspondiente elevación en los abusos policiales: uso excesivo de la fuerza, ejecuciones sumarias y tortura a sospechosos. No viene al caso recapitular los distintos análisis de las disfunciones de la policía en Brasil (Chevigny, 1995; Human Rights Watch, 1998; Pereira, 2000). Basta resaltar que la ineficiencia y el abuso sistemático de los derechos humanos por parte de la policía provienen: de la insuficiencia de recursos; de la corrupción; de la falta de formación, de procedimientos y de disciplina; de la impunidad inherente al sesgo de los tribunales de la justicia militar (que juzgan los delitos cometidos por la policía militar) y de las *corregedorias*;<sup>\*</sup> de las prácticas institucionales consolidadas; y de una visión de la seguridad pública que refleja y refuerza la estratificación y las desigualdades sociales.

\* En portugués, “*corregedoria*” es un término utilizado para definir ampliamente el órgano dedicado al control interno de la administración pública. [NT]

A mediados de la década del 90, ya estaba claro que era necesario poner a la policía bajo algún tipo de supervisión civil. El gobierno del estado de São Paulo, bajo la dirigencia de Mário Covas, uno de los fundadores del PSDB, fue pionero en la implantación de un nuevo instrumento, la *ouvidoria* [que deriva de *ouvir*, que significa “oír”] de la policía, en 1995. Otros siguieron el ejemplo, al principio en estados gobernados por la izquierda o por la centroizquierda.<sup>10</sup>

En general las *ouvidorias* funcionan en las oficinas de las secretarías de seguridad pública del estado, o equivalentes, integrando por lo tanto la estructura del Poder Ejecutivo.<sup>11</sup> Su tarea es, literalmente, oír los reclamos de los ciudadanos sobre casos de desvío de conducta, corrupción u omisión por parte de la policía,<sup>12</sup> preparar un dossier inicial, dirigir los reclamos a las *corregedorias* de la policía y hacer un seguimiento del curso de las investigaciones. Pueden también elevar casos al Ministerio Público. Aunque con frecuencia sean interpretadas como “servicios de *ombudsman*”, las *ouvidorias* no gozan de la independencia y de los amplios poderes usufructuados por estas instancias en otros contextos. La *corregedoria* de la policía sigue monopolizando los recursos para emprender investigaciones sobre alegaciones de mala

conducta policial, y muchas veces obstruye el proceso, o se rehúsa a iniciar una investigación. Por ese motivo, las *ouvidorias* constituyen, en términos institucionales, una especie de mecanismo interno semiindependiente.

A pesar de estas limitaciones, las *ouvidorias* han asegurado el más elevado grado de transparencia entre todos los mecanismos de supervisión de la policía.<sup>13</sup> Innovaron al publicar los primeros índices confiables sobre la ejecución de civiles por parte de policías, así como también sobre la muerte de policías en servicio y fuera de él. Y es significativa su contribución para romper la cultura de la impunidad policial en Brasil. La población tiene la garantía del anonimato, fundamental para superar los temores reales y justificados de represalias. Los reclamos vienen progresivamente tomando cuerpo y los abusos se denuncian de forma abierta, evolución que ciertamente refleja la creciente confianza en las autoridades de los estados. En 2000, la mayoría de los reclamos dirigidos a la *ouvidoria* de Rio de Janeiro fue anónima; pero entre enero y julio de 2001, alrededor de 150 reclamos fueron presentadas personalmente. Tal como en aproximadamente la mitad de los estados brasileños, en Rio de Janeiro existe un programa de protección a testigos que se acciona en estas situaciones.<sup>14</sup> Cuando las *ouvidorias* tropiezan con inercia burocrática, obstrucción u hostilidad, pueden recurrir a la prensa, valiéndose de la estrategia de “denunciar con nombre y apellido”.<sup>15</sup> El número de reclamos contra la policía tiende a crecer de forma significativa a medida que los incidentes reciben una amplia cobertura de la prensa.

Los fuertes vínculos establecidos con la sociedad civil han sido fundamentales para asegurar que las *ouvidorias* mantengan su legitimidad y su independencia en relación con el Poder Ejecutivo. En el estado de São Paulo, el *ouvidor* se nombra en base a una lista triple presentada por el Consejo de los Derechos Humanos del estado, con el apoyo de un consejo formado por juristas de renombre y activistas de derechos humanos. La *ouvidoria* de Pará está controlada directamente por el consejo asesor de la policía del estado (CONSEP), y los *ouvidores* más exitosos hasta el momento vinieron de las filas del activismo de los derechos humanos, que cuentan con una alta credibilidad.

Como la corporación policial tradicionalmente ha sido

una institución cerrada, y como la consulta al público sobre cuestiones de policiamiento es algo inédito, la *ouvidoria* es la primera institución gubernamental a solicitar las opiniones del público, que ofrecen un *feedback* valiosísimo. La noción de que el público debería tener el derecho de supervisar, controlar y determinar las acciones y prioridades de la policía representa un cambio cultural significativo en Brasil; al mismo tiempo que reflejan este cambio, las *ouvidorias* contribuyen para que este se produzca.

Debido a la naturaleza intrínsecamente conflictiva de los mecanismos de supervisión, que tienen por obligación criticar a las instituciones que inspeccionan, puede parecer curioso utilizar el término “trabajo en colaboración” en conexión con las *ouvidorias*. La policía, de hecho, tiende a considerarlas más como adversarias que como socias. Sin embargo, sería caer en un error presuponer que la policía es un mero instrumento de las autoridades oficiales, o que está bajo el control estricto de esas autoridades. Suele suceder que las autoridades elegidas se vean desafiadas por enclaves autónomos internos al aparato de seguridad que solo pueden vencerse con el apoyo activo de la sociedad civil.

### *La asociación entre la comunidad y la policía*

Uno de los principales medios de avanzar en dirección a un modelo de policiamiento basado en el consentimiento y en la cooperación consiste en crear espacios en los cuales la policía y la comunidad local puedan encontrarse para debatir las necesidades y prioridades locales. Los Consejos de Seguridad (CONSEG) fueron instituidos inicialmente en Maringá, en el estado de Paraná, en 1974.<sup>16</sup> Acompañando esta iniciativa, el gobierno progresista y democrático de Franco Montoro reglamentó estos nuevos órganos en el estado de São Paulo, en 1985 y 1986. En 2002, en São Paulo, el número de CONSEG pasaba de 800, en más de 520 municipios.

La función de los CONSEG, idealmente, es estimular la cooperación con la fuerza policial local y la adopción de un estilo operacional de “policiamiento comunitario”, a modo de superar la desconfianza y la sospecha tradicionales, así como también municipalizar de hecho el policiamiento, esto es, volverlo más sensible a las necesidades de la comunidad



local que a las prioridades definidas en la esfera del gobierno del estado. En principio, los CONSEG podrían integrar los esfuerzos de modernización de la policía haciendo de ella un servicio público responsable y receptivo, y no una burocracia represiva del estado guiada por sus propios objetivos. Se afirma incluso que la reorientación de la policía, combinada con la participación de la comunidad local en el seguimiento y la denuncia de delitos, además de tomar medidas preventivas, puede reducir de manera significativa los índices de delincuencia. Así, por ejemplo, la ciudad de Lajes, en Santa Catarina, presentó una baja del 47,7% en los índices de hurtos y robos tras la instalación de diez CONSEG.<sup>17</sup>

Con todo, como en tantos otros aspectos del sistema penal, y a pesar del número significativo de consejos en acción en Brasil, no se han realizado estudios empíricos sobre ellos. Lo que parece claro, en base a un análisis de la reglamentación altamente burocratizada de estos órganos, es que estos todavía se encuentran fuertemente controlados por el aparato de seguridad pública y de la policía estatal. Según la legislación de Paraná, la función del CONSEG en relación a los órganos de seguridad pública es cooperar, representar, verificar y demandar, sin interferir en las acciones de las autoridades responsables. En el estado de São Paulo, el jefe de la Policía Civil y el comandante de la Policía Militar son miembros permanente de estos Consejos y toman la iniciativa de identificar a las llamadas “fuerzas vivas de la comunidad”, definidas como “representantes de asociaciones, municipios y otras entidades prestadoras de servicios relevantes para la comunidad”.<sup>18</sup> Una buena parte de la reglamentación se ocupa de los procedimientos para las elecciones y del uso apropiado del logotipo, del estandarte e incluso del himno oficial. La afiliación al CONSEG es numéricamente reducida y cerrada, establecida mediante elecciones internas.

Los registros sugieren que estos Consejos no siempre son muy “representativos” de la comunidad, y están integrados principalmente por empresarios locales. Una buena parte de las actividades parece centrarse en la recaudación de fondos para comprar equipamientos para la policía (a veces mínimos, como neumáticos nuevos para los patrulleros), y los miembros esperan tener preferencia en la atención, en contrapartida a su generosidad.

Ciertamente, los CONSEG parecen representar un ejemplo clásico de “apropiación mutua”: la policía ejerce un papel conductor, constituyendo, dirigiendo y reclutando integrantes para el Consejo, mientras que sus miembros se benefician con el acceso privilegiado a un bien público. Las autoridades del estado no están ajenas a este problema; la legitimidad de los CONSEG muchas veces se subvierte porque participan dirigentes que no están preparados para el trabajo comunitario, interesados nada más que en las ventajas financieras, personales o electorales. En efecto, hay una línea divisoria muy tenue entre este modo de apropiación y el tipo de alianza existente entre integrantes de la sociedad marginal y la policía local, por ejemplo, asesorando a grupos de exterminio que actúan para eliminar personas calificadas como socialmente indeseables.<sup>19</sup>

Durante el mandato de la petista Marta Suplicy en el municipio de São Paulo (2001-2004) se instituyó un modelo alternativo. La fuerza municipal fue reformada – con la creación de nuevas estructuras de interacción entre la sociedad civil y la fuerza policial – para constituir un “modelo ideal” de policiamiento preventivo. Esto fue posible porque con arreglo a la Constitución brasileña los municipios tienen la facultad de crear fuerzas policiales para proteger el patrimonio de la ciudad. Aunque sea una medida limitada, se ha observado en Brasil una tendencia reciente a municipalizar el policiamiento, en parte para sortear los inmensos obstáculos estructurales a una reforma amplia del dispositivo policial de los estados.

Benedito Mariano (que había sido el primer *ouvidor* de policía de Brasil, en el gobierno Mário Covas del estado de São Paulo) fue designado para comandar la nueva Secretaría Municipal de Seguridad Pública de la ciudad de São Paulo y duplicó el contingente de la Guardia Municipal, de 4 mil a 8 mil integrantes (incluyendo una cuota de 30% de policías mujeres). El contacto de la Guardia con la comunidad local es básico para la estrategia preventiva; de hecho, su trabajo parece estar mucho más cerca del concepto de “policiamiento comunitario” que la mayoría de las demás experiencias que llevan esta designación en Brasil. Se consulta periódicamente a la comunidad mediante las Comisiones Comunitarias establecidas en seis regiones de la ciudad; a pesar de que se

elige una comisión permanente, todas las reuniones son abiertas al público. Entre los miembros permanentes se cuentan el Inspector Regional de la Guardia Municipal y un representante de la subintendencia, pero los miembros de la sociedad civil tienen participación mayoritaria en la comisión, al contrario de lo que ocurre con los CONSEG.<sup>20</sup> La Secretaría informa que 2.870 personas participaron de 56 reuniones entre octubre de 2002 y diciembre de 2003, con un promedio de 50 participantes por reunión, dos tercios de los cuales eran representantes de la sociedad civil. Parece que el *ethos* participativo y democrático adoptado por el PT en sus mecanismos de consulta en otras áreas de la gestión municipal influyó su conducta en la asociación con la sociedad civil en este nuevo campo de la seguridad del ciudadano (Baiocchi, 2003).

### *Policiamiento comunitario*

El análisis de la policía en Brasil tras el retorno del país al régimen democrático tiende a enfatizar sus características autoritarias, su ineficacia y el grado en que efectivamente contribuye a las actividades delictivas por medio de corrupción y del delito organizado, además de las graves violaciones de los derechos humanos de rutina como los casos de tortura y ejecución sumaria de sospechosos. Se ha dado una especial atención a la Policía Militar, una fuerza policial de los estados responsable del policiamiento preventivo, con estructura, jerarquía, código de conducta, entrenamiento y *ethos* corporativo típicamente militares. Diversos estudios sobre ejecuciones extrajudiciales demuestran la actitud beligerante de la Policía Militar para con la Comunidad (Cano, 1997), y sugieren que este es un residuo de la Doctrina de Seguridad Nacional del período militar, por la cual se veía a la población civil como sospechosa, como el “enemigo” a ser controlado y contenido. Esta postura de antagonismo de la policía en relación a los ciudadanos cuya seguridad debería garantizar pasó a ser considerada contraproducente por los críticos y por los reformadores, y como violando los compromisos de Brasil con los derechos humanos y con las libertades civiles. Fue en este ambiente que se realizaron las primeras experiencias de policiamiento comunitario.

La teoría del policiamiento comunitario presupone una relación muy distinta entre la policía y el público. Se basa en los principios de confianza y de cooperación, y prevé interacciones continuas con la sociedad civil para atender especialmente las necesidades y prioridades expresadas por la población, compartir informaciones que conduzcan a un policiamiento basado en inteligencia, mediación y solución de conflictos, además de preferir la prevención del delito a los actos de represión *a posteriori*. La primera iniciativa en este sentido se tomó en el estado de Rio de Janeiro durante el mandato del gobernador de izquierda Leonel Brizola (1991-1994), por el entonces comandante de la Policía Militar, Coronel Carlos Magno Nazareth Cerqueira, que contó con el apoyo de la organización no gubernamental *Viva Rio*, dedicada a los derechos humanos. Los primeros proyectos fueron implementados de forma parcial, en varios barrios de la ciudad de Rio de Janeiro. La experiencia principal fue en Copacabana, pero duró solo diez meses y fue desmontada por el nuevo gobernador, Marcello Alencar, que asumió una postura de represión a la delincuencia, dando a su Secretario de Seguridad Pública carta blanca para seguir la política de “tirar para matar” (Musumeci et al, 1996).

En 2001, Rio de Janeiro ensayó otro proyecto de policiamiento comunitario, esta vez en la pequeña *favela* central Cantagalo, bajo la orientación de un mayor de la Policía Militar, en cooperación con un grupo de defensores de la reforma judicial, en oposición al gobernador Garotinho. Esta iniciativa procuró ir contra las prácticas usuales de policiamiento en las *favelas* de Rio que, en el pasado, consistían en *razzias* armadas en gran escala y tiroteo con traficantes, a lo que seguía la retirada de las tropas. Para empezar, la policía asumió un gran centro comunitario y un hotel abandonado en la cima del cerro y promovió actividades culturales, educativas y de formación profesional para los habitantes jóvenes, tomando el lugar de las ONG locales, todavía muy intimidadas para actuar en la *favela*.

De forma semejante, en violentas regiones de bajos ingresos en São Paulo, la policía terminó movilizando los servicios sociales de la propia institución: médicos, dentistas y profesores de educación física. Como la policía suele ser la única autoridad pública físicamente presente en los barrios

más marginados, es evidente que los proyectos de policia-  
miento comunitario exigen tanto la cooperación de la  
población local como la participación de otros órganos del  
aparato estatal. Se hace necesario un abordaje múltiple con  
vistas a mejorar al mismo tiempo la calidad de vida, el capital  
social y la confianza de los ciudadanos, así como su acceso a  
la justicia y al Estado de Derecho.

El problema central del policia-  
miento comunitario en  
Brasil está relacionado con su status todavía marginal. El  
proyecto Cantagalo fue segregado de la actividad policial  
predominante en Rio de Janeiro y boicoteado por el gobierno  
municipal, por cuestiones de apropiación territorial y disputa  
electoral (dando continuidad a una rivalidad de larga data  
entre los sucesivos gobernadores e intendentes), impidiendo  
así la prestación de muchos servicios sociales vitales, que  
habrían reforzado su legitimidad y su eficacia.<sup>21</sup> Aunque el  
comienzo haya sido auspicioso, con el despido de 50 policías  
acusados de corrupción y violencia, los viejos hábitos  
persistieron y, poco a poco, hubo una nueva escalada de abusos  
policiales (*Global Justice*, 2004, p. 38).

Algunos proyectos de policia-  
miento tienen de  
comunitario solo el nombre.<sup>22</sup> En cerca de 100 barrios, en el  
estado de São Paulo, se instalaron cabinas móviles de la Policía  
Militar. Con todo, como los policías solo salen de su puesto  
policial – y con resistencias – cuando un miembro de la  
comunidad solicita ayuda, difícilmente logran establecer los  
indispensables vínculos duraderos y orgánicos con la  
población local.<sup>23</sup> Una comparación de las actitudes de la  
población para con el policia-  
miento convencional y el  
comunitario, en Brasil, indica que la confianza en este último  
solo puede generarse con el aumento de su visibilidad y de  
su alcance (Kahn, 2004). En suma, sin apoyo político y sin  
una reforma profunda en las culturas institucionales, la  
comunidad seguirá siendo enemiga de la fuerza policial y no  
su socia.

## Las prisiones y el sistema penal

Aunque la prevención y la investigación exitosas de las  
actividades delictivas exijan la cooperación de la población  
local, esta necesidad es menos evidente en los casos de condena

y detención, pues el castigo de los infractores en general es asumido por el Estado como su prerrogativa exclusiva. Sin embargo, tal monopolio viene siendo cuestionado en Brasil, en principio como respuesta a una crisis en la capacidad del Estado, resultante de la creciente preocupación con las condiciones materiales de las prisiones, y con sus efectos colaterales, que se expresan en rebeliones, fugas en masa y toma de rehenes, episodios que caracterizaron el final de la década del 90. Otro factor inspirador del debate deriva de los movimientos globales por reformas penales, y de ideas radicalmente nuevas, tal como la justicia compensatoria, que pone el acento en la víctima, el infractor y la comunidad, no en el Estado.

### *Fiscalización*

Recién en la segunda mitad de la década del 90 la atención pública giró hacia las condiciones de los reclusos en las cárceles y en el sistema penitenciario. Los pioneros en el despertar de la conciencia popular fueron indiscutiblemente los miembros de la Pastoral Carcelaria,<sup>24</sup> de la Iglesia Católica. En todo Brasil, cerca de tres mil voluntarios, legos y religiosos, visitaban regularmente las penitenciarías ofreciendo apoyo práctico y espiritual y dando testimonios de los abusos diarios cometidos contra los prisioneros. En 1997, el sufrimiento de los detenidos fue adoptado como tema de la campaña de la Cuaresma por parte de la Conferencia Nacional de los Obispos de Brasil (CNBB). A este movimiento también se sumaron la Orden de los Abogados de Brasil (OAB), jóvenes y entusiastas fiscales, y representantes del Poder Judicial.<sup>25</sup> Las presiones de organizaciones internacionales resultaron en visitas e informes elaborados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por Human Rights Watch, por Amnistía Internacional, por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos, y por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Tortura, así como también por las Comisiones de Derechos Humanos de varias cámaras legislativas estaduais.

La supervisión del sistema prisional por parte de la sociedad civil ya se había establecido de hecho en la Ley de

Ejecuciones Penales (LEP) de 1984, que obligaba al magistrado de cada comarca donde hubiera una penitenciaría a nombrar un Consejo de la Comunidad, formado por representantes de la comunidad local, para visitar la prisión regularmente, inspeccionar sus condiciones y prestar asistencia a los detenidos.

A pesar del apoyo de los dos gobiernos posteriores – el de Fernando Henrique Cardoso y el de Lula –, pocos Consejos se constituyeron de hecho. El Ministerio de Justicia no dispone de datos<sup>26</sup> sobre el número de Consejos, y aquellos que funcionan en general actúan en el vacío, sin soporte y sin vínculos institucionales.<sup>27</sup> Así, por ejemplo, el Consejo de Rio de Janeiro, que es relativamente activo, perdió su oficina en la Secretaría de Justicia; por otro lado, no elevó informes al magistrado local, hostil al trabajo emprendido por la organización.

Este caso ilustra bien un problema común en esta interacción del Estado con la sociedad civil. Una parte del aparato estatal (el Poder Ejecutivo y la legislación nacional), en principio, apoya a estos grupos. Pero estos solo pueden existir por iniciativa de la Justicia local, que los ignora o resiste a permitir que otros invadan “su patio”. Sin disponer de capacitación y de directrices para su actividad, sin la definición de un mecanismo de *feedback* para las autoridades locales, y todavía sin autonomía y apoyo suficientes para resistir a las presiones de los funcionarios que fueran blanco de sus críticas, estos Consejos están condenados ser letra muerta.<sup>28</sup> Tal vez sea comprensible que algunos de ellos hayan decidido sustituir realmente la presencia institucional dentro de algunos presidios en vez de interactuar con el Estado como elemento externo. Dada la debilidad de la estructura del Consejo y la relativa fuerza de la Pastoral, algunos administradores penitenciarios se vieron tentados a simplemente transferir la responsabilidad de las inspecciones a la Iglesia Católica, dispensando al Estado de toda obligación, sea en términos de crear procedimientos eficaces de fiscalización interna, sea para fortalecer el aparato institucional que permitiría a la sociedad civil ejercer su prerrogativa de supervisión. A pesar de todo el activismo que marcó este campo a fines de los años 90, pocos fueron los progresos observados en los distintos frentes.<sup>29</sup>

### *Penitenciarias administradas por la comunidad*

De tiempos en tiempos se cuestiona la capacidad del Estado brasileño de administrar el sistema penitenciario, caracterizado por la superpoblación, la violencia endémica, las condiciones de detención chocantes, la mala gestión y la incapacidad de modificar el comportamiento de los infractores (Amnistía Internacional, 1999; Humans Rights Watch, 1998). La industria de la seguridad privada está, ciertamente, en franca expansión en el país,<sup>30</sup> como respuesta a las deficiencias de la policía, mientras que la privatización del sistema penitenciario, aunque debatida intermitentemente desde los años 80, haya sido siempre rechazada.<sup>31</sup>

Una de las características más sorprendentes de este sistema penitenciario es la existencia de un trabajo en colaboración innovador entre el Estado y la sociedad civil en el área de la administración. Aunque la gestión de las unidades prisionales esté en general directamente a cargo del sector público, o por medio de contratos, del sector privado, es posible un tercer paradigma.

La primera experiencia con participación comunitaria en la administración penitenciaria sucedió en la década del 70, en São José dos Campos, en el estado de São Paulo, donde un grupo católico asumió integralmente la gestión de una cárcel arruinada y superpoblada. El doctor Nagashi Furukawa, juez de derecho en Bragança Paulista, visitó la institución, en la década del 90, y luego se contactó con un grupo de su ciudad que defendía ideas similares. De su iniciativa resultó el primer convenio entre el Estado y una organización no gubernamental.

La prisión de Bragança Paulista fue reformada por completo, adoptando un modelo que llamó la atención en todo el país e incluso en el exterior. Poco después, al ser nombrado Secretario de Administración Penitenciaria del estado de São Paulo, el doctor Furukawa multiplicó esa experiencia exitosa. Hasta el presente, se crearon 20 Centros de Resocialización (CR), con alrededor de 210 detenidos en cada uno,<sup>32</sup> administrados en una *parceria* innovadora de las autoridades penitenciarias estatales con una determinada ONG local, mediante un convenio formal de cooperación.\*

\* Véase <<http://www.sap.sp.gov.br/common/cidadania.html>>. Consultado el 14 de marzo de 2005. [NT]



La entidad sin fines lucrativos se encarga de la gestión cotidiana de la penitenciaría y de la rehabilitación de los detenidos, mientras que la disciplina y la seguridad permanecen bajo control del Estado. La construcción de la mayoría de los CR obedece a un nuevo proyecto arquitectónico; en algunos casos, sin embargo, como en las dos unidades prisionales originales de São José dos Campos y de Bragança Paulista, la edificación existente fue conservada, aunque se le hicieron reformas y adaptaciones para el nuevo modelo.

De acuerdo con las investigaciones de campo que se realizaron en cuatro de estos CR en octubre de 2004,<sup>33</sup> estos parecen tener un desempeño extraordinario en términos de: protección a los derechos humanos de los detenidos y de los empleados; eliminación de la violencia y del consumo de drogas; condiciones decentes de detención; potencial para la reducción significativa de los índices de reincidencia; apoyo social, educacional, ocupacional y psicológico a los detenidos y a sus familiares; relación costo/beneficio positiva;<sup>34</sup> transparencia y equilibrio en el tratamiento de los detenidos y en el uso de recursos públicos. Y propicia, además, la mejora de las relaciones de la comunidad con el sistema judicial.<sup>35</sup> Consta que el índice de reincidencia corresponde a un tercio de la media nacional.<sup>36</sup> Se trata de un desempeño hasta modesto, en relación a otras medidas exitosas, en un modelo concebido para evitar la desagregación familiar, las dificultades de integración en el mercado de trabajo, la institucionalización, el consumo de drogas y la baja autoestima que las prisiones convencionales invariablemente generan.

Otro tipo de cooperación de la sociedad civil con el Estado para enfrentar los problemas del sistema carcelario son las APAC (Asociación de Protección y Asistencia a los Condenados, o Asociación de Protección y Asistencia Carcelaria). Mientras que el modelo original de APAC se basaba en la fe, cuya finalidad era “saturar el ambiente penitenciario con una programación e instrucción religiosa” (Johnson, 2000), los CR orientan su trabajo esencialmente en función de dos factores de rehabilitación: el trabajo (en algunos de esos centros el 100% de los detenidos trabaja); y la reconstrucción de las relaciones familiares (abrigan solo a

detenidos cuyas familias vivan en las cercanías).<sup>37</sup> Gracias a un amplio horario de visitas, la mayoría de las familias el domingo pasa allí varias horas. El dinero que ganan con el trabajo en la prisión en general es de gran valor para las familias de bajos ingresos, que en gran medida cuentan con la asistencia de la ONG mientras que sus parientes están cumpliendo pena. Las familias forman un puente con la comunidad local, ayudando a superar la hostilidad y la demonización de la prisión y de sus reclusos.

Las unidades de la APAC, tal como los CR, subvierten deliberadamente la formación de una “cultura prisional”. El comercio local también se beneficia, pues las ONG tienen una flexibilidad mucho mayor que el Estado para la adquisición particular de bienes y servicios. Los fundadores de la APAC de São José dos Campos buscan hoy nuevas *parcerias* em Minas Gerais, preferentemente por intermedio de la Justicia, y no ante las autoridades penitenciarias, y están a cargo de la gestión de varias unidades con guardias penitenciarios dentro del perímetro carcelario (en los CR está permitido que las puertas internas estén destrabadas, pero los guardias penitenciarios monitorean todas las actividades).

La ONG y las autoridades del estado aseguran un excelente sistema de frenos y contrapesos mutuos, pues la relación está detalladamente estipulada en el convenio, en términos de presentación de cuentas y transparencia. De todos los casos analizados, este constituye tal vez la más auténtica *parceria* o “coproducción” (Joshi y Moore, 2004; Masud, 2002), y el único en que la balanza se inclina más hacia el lado de la sociedad civil. Tal como en el caso de las Comisiones Comunitarias organizadas en el municipio de São Paulo, dos factores se demostraron cruciales: la presencia de agentes de cambio comprometidos, y un espacio político institucional para poner a prueba un nuevo modelo. La experiencia también ilustra una forma de que la sociedad civil se apropie en parte de ciertos espacios en un sistema judicial un tanto fragmentado. Tal vez esto se deba a la fragilidad y a la negligencia del Estado, pero también puede constituir una “invitación estatal a la participación” sobre bases más igualitarias y colaborativas.

Sin embargo, estos mecanismos siguen relativamente invisibles en el ámbito del sistema prisional como un todo.

No hay ninguna mención a tales iniciativas en los documentos de planeamiento y de definición de directrices emitidos por el Ministerio de Justicia, ni cualesquiera estudios empíricos de evaluación. Parece poco razonable que el Estado no se apropie activamente de estas instalaciones que han sido exitosas y que están bajo su égida.

## Conclusiones

Las desigualdades estructurales de la sociedad civil local interfieren en las posibilidades de que todos estos trabajos en colaboración en políticas públicas tengan éxito. La propia policía tiene conciencia del nivel en que efectivamente genera capital social. El documento que establece las directrices de los CONSEG del estado de São Paulo hace mención a la importante obra de David Putnam<sup>38</sup> sobre la relación entre el capital social y el desarrollo social y observa que “la policía tenderá a ser más efectiva si ayuda a los ciudadanos y a las comunidades a ayudarse a sí mismos”.<sup>39</sup> La reglamentación de los CONSEG en Santa Catarina registra entre sus objetivos fundamentales: “desenvolver el espíritu cívico y comunitario en el área abarcada”.<sup>40</sup> De esta manera, si un órgano del estado desea incluir en su práctica la consulta a la comunidad, es inevitable que se empeñe en fomentar y construir los grupos civiles que desea tener como socios. Cómo hacerlo sin cooptación es un desafío permanente de todas las áreas de las políticas públicas en Brasil en que el modelo del “consejo” se emplea para recibir contribuciones de la sociedad civil.

Además de la capacidad de la sociedad civil de articular sus necesidades e intereses, otro problema fundamental es el de la receptividad de los órganos públicos. Así, por ejemplo, los actuales CONSEG y consejos comunitarios penitenciarios solo darán sus frutos en la medida en que se lo permitan los comandantes de policía y magistrados locales. La resistencia de los órganos públicos a los cambios se manifiesta de varias maneras: obstaculización de medidas, culturas burocráticas, defensa territorial; y, como ya señalé, la propia naturaleza del área policial de combate a la delincuencia y a la violencia que exacerba estas tendencias. A pesar de estas limitaciones, los agentes de cambio individuales o colectivos se han mostrado capaces de: encontrar, dentro del aparato estatal,

espacios y lugares en los que las autoridades públicas están indiferentes o endebles (las prisiones de las APAC); evitar los vicios institucionales dominantes (las guardias municipales); o buscar abordajes radicalmente nuevos en sus políticas (CR). Donde hay apoyo político local, estos espacios ofrecen ambientes valiosos para forjar nuevas formas de trabajo en colaboración entre el Estado y la sociedad civil.

En los casos aquí analizados, la *parceria* asume diferentes formas, de acuerdo con el papel ejercido por la sociedad civil (inspección crítica, consultoría y soporte o coproducción), y eso, a su vez, afecta las asimetrías de poder involucradas. El ejemplo del CONSEG es el que mejor ilustra la cooptación de la sociedad civil por parte de los actores estatales, pero se revela como un arreglo con beneficios mutuos, debido a la estructura no inclusiva de los Consejos. El fracaso de las comisiones penitenciarias para lograr cualquier tipo de avance debe atribuirse a la inercia de la Justicia. Es probable que los magistrados locales no vean en los Consejos formas de beneficio personal (mientras que para la policía son tangibles las ventajas de la creación de los CONSEG), y por eso boicotean este dispositivo de la ley, a pesar de las exhortaciones de sus superiores.

Aunque sería de esperar que el Estado, que cuenta con más recursos, ejerciera siempre su supremacía, esto no sucede con las penitenciarías de la APAC y con los CR, donde la comunidad local logró movilizar recursos de capital humano que implementaron mejoras significativas en relación a los derechos humanos y al tratamiento de los detenidos, así como en sus perspectivas de reunirse con sus familias y evitar la reincidencia. En los lugares en que este tipo de *parceria* funciona, este puede contribuir considerablemente al mejoramiento de la seguridad de los ciudadanos en Brasil.

## NOTAS

1 Para una discusión crítica de la noción de “participación” en los círculos de políticas de desarrollo, ver A. Cornwall, 2002.

2 Las entidades de defensa de los derechos de la mujer, por ejemplo, calculan que cerca del 80% de las modificaciones propuestas por ellas se aprovecharon en la versión final.

3 Los dos primeros consejos consultivos nacionales – el de Salud y el de Educación – fueron instituidos en 1937, en el ápice de las reformas promovidas por el régimen de Vargas. Actualmente se cuentan 25 consejos, en su mayoría creados en los años 90. La Constitución de 1988 introdujo también los consejos de los estados y de los municipios.

4 Hay una vasta bibliografía sobre el proceso de presupuesto participativo. Para una buena síntesis crítica ver Baiocchi, 2003.

5 Para un análisis de las modificaciones promovidas por el PT en el modelo de los consejos de derechos de la mujer, ver Macaulay, 2003a.

6 Para detalles acerca de las iniciativas de la sociedad civil destinadas a aumentar la transparencia del Poder Judicial, ver documentos disponibles en el sitio de Due Process of Law Foundation <<http://www.dplf.org>>. Consultado el 1º marzo de 2005.

7 En el gobierno de Fernando Henrique Cardoso, la policía militar, que es de cada estado y corresponde a cerca del 80% de la fuerza policial del país, se sirvió de su poder de *lobby* entre los senadores para bloquear las propuestas que pretendían “desconstitucionalizarla”, o sea, remover toda mención a la corporación en el texto constitucional; esto permitiría que, de acuerdo con los intereses de cada estado, esta se mantuviera, se aboliera o se fundiera con la policía civil.

8 Para los debates sobre *accountability* y el Poder Judicial, ver Macaulay, 2003b.

9 En 2002, el Instituto de la Ciudadanía, vinculado al PT, produjo un documento de 120 páginas que contiene recomendaciones para la reforma del sistema judicial, elaborado por especialistas de primera línea; este documento constituyó la base para el Plan Integrado de Seguridad Pública del gobierno Lula.

10 Río de Janeiro, en marzo de 1999, en el gobierno de Anthony Garotinho

(PDT); Minas Gerais, en 1997 (Eduardo Azeredo, PSDB); Pará, en 1997 (Almir Gabriel, PSDB); Rio Grande do Sul, en agosto de 1999 (Olívio Dutra, PT); y también en Pernambuco, Espírito Santo, Rio Grande do Norte, Mato Grosso, Bahia y Ceará.

11 Las excepciones son Pará, donde la *ouvidoria* de la policía está subordinada al Consejo de Seguridad Pública del Estado (CONSEP); y Minas Gerais, donde esta se vincula directamente a la gobernación.

12 Estas reciben de la población todo tipo de información, pero dan prioridad a las sospechas graves referidas al derecho a la vida, y también a la corrupción de policías.

13 Ver Lemgruber et al. (2003), para un estudio más profundo de las *ouvidorias*; y Macaulay (2002), para una comparación con otras formas de supervisión de las policías.

14 Adviértase, no obstante, que personas con antecedentes policiales están excluidas del programa, y eso impide que una buena parte de las víctimas de tortura por parte de la policía cuente con esa protección.

15 Los sucesores de los primeros *ouvidores* en Rio de Janeiro y en São Paulo, Julita Lemgruber y Benedito Mariano, recurrieron mucho menos a la prensa. En 2001, el entonces *ouvidor* carioca se manifestó contra este trabajo, diciendo que era "nada más que para salir en el diario". Sin embargo, la cobertura de la prensa proporciona un cierto grado de visibilidad y protección al *ouvidor*; poco después, este *ouvidor* fue forzado a renunciar por falta de apoyo político.

16 En 2004, el estado de Paraná tenía 280 CONSEG, 46 en Curitiba y 74 en las ciudades de la periferia de la capital.

17 A *Notícia*, 16 de mayo de 2002. En mayo de 2002, Santa Catarina contaba con 31 Consejos, pero pretendía instalar uno en cada municipio. La ley autorizando la creación de los Consejos fue aprobada recién en marzo de 2001. En Embú, estado de São Paulo, también se registraron niveles similares de reducción de la delincuencia.

18 Reglamentación de los CONSEG, Resolución SSP n. 47, del 18 de marzo de 1999; y Decreto n. 25.366, del 11 de junio de 1986.

19 Frühling (2003, p. 38) relató problemas similares en Chile.

20 "Proyecto del Programa de las Comisiones Civiles Comunitarias", documento interno de la Municipalidad de São Paulo.

21 Entrevista con el mayor Antonio Carballo, Cantagalo, julio de 2001.

22 Para detalles sobre otros proyectos, ver Mesquita y Loche, 2003, pp. 193-199.

23 Información dada por Guaracy Mingardi, julio de 2001.

24 Una buena parte de la eficacia de la Pastoral debe ser atribuida al inspirado liderazgo y a la habilidad política de su dirigente por muchos años, el Padre Francisco "Chico" Reardon, religioso estadounidense-irlandés naturalizado brasileño que, desgraciadamente, falleció en 1999.

25 Otros grupos ligados a los derechos humanos también hacían visitas eventuales a penitenciarías y cárceles, en general tras algún episodio de violencia. Ninguno de ellos, sin embargo, tuvo la presencia constante que fue el distintivo de la Pastoral.

26 Solo dispongo de datos del estado de São Paulo, donde funcionan Consejos en 54 comarcas; 23 tienen Consejos inactivos, y en 62 no hay Consejos.

27 Entrevista con Tania Kolker, vicepresidente del Consejo de la Comunidad de Rio de Janeiro, julio de 2001.

28 También es mínima la interacción con las autoridades del estado formalmente responsables de la inspección de las prisiones: el juez responsable de la penitenciaría local, la *corregedoria* de la administración penitenciaria, el Consejo Penitenciario local (fundamentalmente, un cuadro de concesión de libertad condicional) y el Ministerio Público.

29 Consta que está en marcha un proyecto, financiado por el Reino Unido, que procura crear una inspección penitenciaria en Brasil, inicialmente a nivel de los estados, y se discute la capacitación de los Consejos.

30 De acuerdo con datos de la Federación de las Empresas de Seguridad Privada, en 1985 el coeficiente de policías para seguridad particular era de 3 por 1. En 2000, esa proporción se había invertido: cerca de 1.200 empresas privadas empleaban 400 mil vigilantes registrados y otros 600 mil guardias informales, con un movimiento global de 4,5 mil millones de dólares, en 2000.

31 Brasil tiene seis penitenciarías semiprivatizadas en el estado de Paraná.

32 Las Naciones Unidas recomiendan que ninguna penitenciaría tenga más de 500 detenidos, pues las autoridades tienden a perder el control sobre las unidades de gran porte.

33 Financiadas con recursos de la Socio-Legal Studies Association, del Reino Unido.

34 La ONG recibe un valor fijo por detenido para alimentación, mantenimiento edilicio, etc. Como la compra de los bienes y servicios la hace una entidad privada, no hay limitaciones de procesos de licitación y la ONG puede despedir al personal con mal desempeño. El costo por detenido en un CR es la mitad del costo correspondiente en una penitenciaría del estado, y un tercio del costo verificado en las pocas unidades semiprivatizadas.

35 El director de Bragança, un policía civil, admitió, durante una conversación en 1999, que tenía problemas con el personal: "dos son borrachos, dos son desequilibrados y los otros dos son buenos y tienen que estar vigilando a los demás". Es evidente que la sociedad civil local es mucho más apta que el personal penitenciario convencional, que necesita adaptarse al *ethos* poco común de los CR.

36 No hay medición sistemática del índice de reincidencia por institución, por estado, o a nivel nacional. Las bases de datos nacionales aún no fueron puestas al servicio de identificar a los infractores contumaces.

37 La penitenciaría de la APAC en Caruaru, Pernambuco, organizaba talleres de arte padre-hijo y paseos al zoológico.

38 D. Putnam, *Comunidade e democracia: uma experiência da Itália*. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

39 Ver "Informativo Institucional" en <<http://www.conseg.sp.gov.br/conseg/downloads.aspx>>. Consultado el 15 de marzo de 2005.

40 "Reglamento de los Consejos Comunitarios de Seguridad", Secretaria de Estado de Seguridad Pública de Santa Catarina, Consejo Superior de Seguridad Pública, mayo de 2001.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMNESTY INTERNATIONAL. *No One Sleeps here Safely: Human Rights Violations against Detainees*. Londres: Amnesty International, 1999.
- BAIOCCHI, Gianpaolo (ed.). *Radicals in Power: The Workers' Party (PT) and Experiments with Urban Democracy in Brazil*. Londres: Zed Press, 2003.
- CANO, Ignacio. *Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ISER, 1997.
- CERQUEIRA, C. M. N. "Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre a segurança pública". *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 6(2), 1998.
- CHEVIGNY, Paul. *Edge of the Knife: Police Violence and Accountability in Six Cities of the Americas*. Nueva York: New Press, 1995.
- CHRISTIE, Nils. "Conflicts as Property". *British Journal of Criminology* 17(1), 1977.
- CORNWALL, Andrea. "Making Spaces, Changing Places: Situating Participation in Development". *IDS Working Paper* 170, 2002.
- DRAIBE, Sônia Miriam. "A nova institucionalidade do sistema brasileiro de políticas sociais: os conselhos nacionais de políticas setoriais". *Caderno de Pesquisa* 35, UNICAMP, 1998.
- FRÜHLING, Hugo. "Police Reform and Democratization". In: H. FRÜHLING et al. (eds.), *Crime and Violence in Latin America: Citizen Security, Democracy and the State*. Washington, DC/ Baltimore: Woodrow Wilson Center Press – Johns Hopkins University Press, 2003.
- GLOBAL JUSTICE. *Rio Report: Police Violence and Public Insecurity*. Rio de Janeiro: Global Justice, 2004.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Police Abuse in Brazil: Summary Executions in Rio de Janeiro*. Nueva York: Human Rights Watch, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Behind Bars in Brazil*. Nueva York: Human Rights Watch, 1998.

- JOHNSON, B. R. "Assessing the Impact of Religious Programs and Prison Industry on Recidivism: An Exploratory Study" (Estudio inédito). Washington, DC: Prison Fellowship International, 2000.
- JOSHI, Anuradha y MOORE, Mick. "Institutionalized Co-production: Unorthodox Public Service Delivery in Challenging Environments". *Journal of Development Studies* 40(4), pp. 31-49, 2004.
- KAHN, Tulio. "Segurança pública e trabalho policial no Brasil". *Working Paper CBS 51-2004*. Oxford: Centre for Brazilian Studies, 2004. Disponible en <<http://www.brazil.ox.ac.uk>>. Consultado el 2 de marzo de 2005.
- LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; y CANO, Ignacio. *Quem vigia os vigias: Um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- MACAULAY, Fiona. "Problems of Police Oversight in Brazil". *Working Paper CBS 33-2002*. Oxford: Centre for Brazilian Studies, 2002. Disponible en <<http://www.brazil.ox.ac.uk>>. Consultado el 2 de marzo de 2005.
- \_\_\_\_\_. "Sexual Politics, Party Politics: The PT Government's Policies on Gender Equity and Equality in Brazil". *Working Paper CBS 46-2003*. Oxford: Centre for Brazilian Studies, 2003a. Disponible en <<http://www.brazil.ox.ac.uk>>. Consultado el 2 de marzo de 2005.
- \_\_\_\_\_. "Democratization and the Judiciary: Competing Reform Agendas". In: M. D. KINZO y J. DUNKERLEY (eds.), *Brazil since 1985: Economy, Polity and Society*. Londres: Institute of Latin American Studies, 2003b.
- MASUD, Mohammad O. "Co-producing Citizen Security: The Citizen-Police Liaison Committee in Karachi". *IDS Working Paper 172*. Brighton (RU): Institute of Development Studies, University of Sussex, 2002. Disponible en <<http://www.ids.ac.uk/ids/bookshop/wp/wp172.pdf>>. Consultado el 2 de marzo de 2005.
- MESQUITA NETO, Paulo de y LOCHE, Adriana. "Police-Community Partnerships in Brazil". In: H. FRÜHLING et al. (eds.). *Crime and Violence in Latin America: Citizen Security, Democracy and the State*. Washington, DC/Baltimore: Woodrow Wilson Center Press – Johns Hopkins University Press, 2003.

MUSUMECI, L. et al. "Segurança pública e cidadania: A experiência de policiamento comunitário em Copacabana (1995-1996). Relatório final do monitoramento qualitativo". Rio de Janeiro: ISER, 1996.

NEILD, R. "From National Security to Citizen Security: Civil Society and the Evolution of Public Order Debates", 1999. Disponível em <<http://www.ichrdd.ca>>. Consultado el 1º de marzo de 2005.

\_\_\_\_\_. *Themes and Debates in Public Security Reform: External Controls*. Washington, DC: Washington Office on Latin America, 2000.

PEREIRA, Anthony. "An Ugly Democracy? State Violence and the Rule of Law in Post-Authoritarian Brazil". In: P. KINGSTONE y T. POWERS (eds.), *Democratic Brazil*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.

SADEK, Maria Tereza. *O Judiciário em debate*. São Paulo: IDESP, 1995.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*. São Paulo: IDESP, 1997.

\_\_\_\_\_. *Delegados de policia*. São Paulo: IDESP, 2003.

TATAGIBA, Luciana. "Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil". In: E. DAGNINO (ed.), *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Scottsdale, Pa: Herald Press, 1990.

EDWIN REKOSH

Director ejecutivo del Public Interest Law Initiative y profesor de la Facultad de Derecho de Columbia, Estados Unidos. Profesor visitante en la Universidad de Europa Central, Hungría.

## RESUMEN

Este artículo analiza la abogacía de interés público en el contexto de Europa Centro-Oriental desde dos perspectivas: su fundamento conceptual y las implicaciones prácticas de estrategias para la protección de los derechos humanos y la promoción de la democracia. Y señala que el significado del término “interés público” es menos importante que la cuestión de quién participa del proceso de su definición y por qué medios esto tiene lugar. A partir del caso estadounidense, el artículo desdobra tres concepciones distintas de abogacía de interés público: la social, la sustantiva y la procesal. De este análisis derivan varios objetivos estratégicos: la ampliación del uso de instrumentos legales por parte de las organizaciones de la sociedad civil para fortalecer el discurso en la esfera pública; la aproximación entre teoría y práctica en el estudio del derecho; y el fomento de la cooperación entre los distintos actores – asociaciones de abogados, órganos administrativos y organizaciones no gubernamentales – para consolidar un principio de igual acceso a la justicia para todos. [Texto original en inglés.]

# ¿QUIÉN DEFINE EL INTERÉS PÚBLICO?

## Estrategias del derecho de interés público en Europa Centro-Oriental\*

Edwin Rekosh



En los países de las regiones central y oriental de Europa – y genéricamente en toda Europa continental –, la expresión “derecho de interés público” es inusual, aunque ya comience a ser adoptada. Lo más importante es que son cada vez más los profesionales y activistas del campo jurídico que de hecho adoptan estrategias del derecho de interés público, independientemente del hecho de que las identifiquen con esta denominación.

Al discutir cómo el derecho de interés público se relaciona con Europa Centro-Oriental, quisiera detenerme en dos aspectos específicos de esta noción. Primero, su fundamento conceptual, que, se admite, es problemático; segundo, las implicaciones prácticas de las estrategias para proteger los derechos humanos y promover la democracia y el Estado de Derecho.

Ya es un lugar común entre los que han estudiado el fenómeno del derecho de interés público, en los Estados Unidos y en otros lugares, exasperarse ante la necesidad de presentar una definición que pueda ser generalizada o que implique alguna precisión intelectual. Muchos prefieren adherir al famoso comentario del juez Stevens, de la Suprema Corte norteamericana, sobre la pornografía: “La reconozco cuando la veo”.

En vez de empeñarme en dar una definición universal, creo que es más útil examinar los múltiples significados

\*Este artículo es una versión revisada y ligeramente ampliada de una conferencia realizada en la Universidad Europea, en Budapest, el 22 de noviembre de 2000. © 2005 Public Interest Law Initiative – Columbia University Kht.

presentes en esta expresión. Al menos tres concepciones distintas de “interés público” y de “derecho de interés público” merecen ser exploradas. La idea de “derecho de interés público” se originó en los Estados Unidos, por lo tanto se trata de un buen lugar para comenzar. Una de las primeras personas en articular el fundamento conceptual del derecho de interés público, muchos años antes de que tal noción fuera ampliamente adoptada, fue el abogado Louis Brandeis, que más tarde se convirtió en juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos. En una célebre conferencia en Harvard Ethical Society, en 1905, afirmó: “En vez de mantener una posición de independencia entre los ricos y el pueblo, preparados para refrenar excesos de ambos lados, innumerables abogados competentes aceptaron subordinarse a las grandes corporaciones y negligenciaron su obligación de usar sus poderes para proteger a la población”. Afirmó también: “La gran oportunidad de los abogados norteamericanos es y será erguirse nuevamente, como lo hicieron en el pasado, listos para proteger también los intereses del pueblo”.<sup>1</sup>

1. L. Brandeis,  
“The Opportunity in the Law”.  
*American Law Review*, v. 39,  
pp. 55-63, 1905.

La lectura que hizo el juez Brandeis de la historia puede ser cuestionable, y él tampoco brinda muchas justificativas teóricas; con todo, estas dos frases encierran la esencia de la manera en que los defensores del interés público en Estados Unidos comenzarían a definirse a sí mismos décadas más tarde.

La efervescencia social de la década del 60 terminó por crear las condiciones para difundir las máximas del juez Brandeis y muchos licenciados en derecho estadounidenses pasaron, ya en la década del 70, a autoidentificarse como “abogados del interés público”, para diferenciarse de aquellos que se “subordinaban a las grandes corporaciones” mencionados por el juez Brandeis. Se atribuían el papel de representantes de los intereses de los pobres y demás subrepresentados en la sociedad, en parte para equilibrar la desproporcionada influencia de intereses económicamente poderosos.

Sin embargo, si es posible decir que algunos abogados norteamericanos practican el derecho de interés público, ¿dónde podemos encontrar el cuerpo de leyes de interés público que aplican? ¿Dónde está codificado el derecho de interés público? Esta cuestión, que probablemente sonaría como una tontera para muchos de estos abogados, no es un invento. Al oírme hablar sobre algunas de las preocupaciones fundamentales de la

comunidad ligada al derecho de interés público, en los Estados Unidos y en otros lugares, más de un abogado del Este Europeo me pidió un modelo de estas leyes que pudiera ser adoptado en su propio país.

### ¿Cómo definir el concepto de interés público?

Entonces, ¿qué es el derecho de interés público ya que no posee un cuerpo de leyes? En Estados Unidos, la respuesta a esta pregunta está en el propio origen de la expresión. Esta no fue adoptada para describir un campo específico del derecho, sino para identificar a **quién** estaba siendo representado por aquellos abogados. En vez de defender los intereses económicos de los poderosos, habían optado por ejercer su profesión en defensa del “pueblo”, en palabras del juez Brandeis. Esto no significa que todos los abogados de interés público en Estados Unidos se vean como defensores de los pobres. El campo del derecho de interés público en ese país abarca una multitud de objetivos: derechos civiles, libertades civiles, derechos del consumidor, protección ambiental, y cosas parecidas. Pero originalmente este campo está más directamente ligado a la idea de contrabalancear la influencia de los intereses económicos poderosos en el sistema jurídico; independientemente de sus objetivos, los abogados norteamericanos de interés público siguen inspirados por la ética del “luchar por un don-nadie”. A esto denominaré concepción **social** del derecho de interés público.

Una segunda concepción del derecho de interés público puede pensarse como **sustantiva**. Tal enfoque comienza con la pregunta: “¿Qué es exactamente el ‘interés público’ presumiblemente protegido por estos abogados, y cuáles son sus implicaciones sustantivas, doctrinarias?”. Por cierto, aunque no hay un código de leyes de interés público, hay innumerables referencias al “interés público” en la legislación y en la jurisprudencia de Estados Unidos y de otros países. En realidad, una rápida búsqueda en los bancos de datos de la Justicia Federal norteamericana localizó más de 300 leyes así identificadas.

Por capricho decidí buscar el término “interés público” en algunos diccionarios de derecho y casi me sorprendí al comprobar que los editores habían osado presentar una definición. Por cierto, se trata de una clara indicación de que la noción de “interés público” posee implicaciones doctrinarias.

2. Bryan A. Garner (ed.),  
*Black's Law Dictionary*. 7.ed.  
St. Paul, Minn.: West  
Publishing Co., 1979.

3. Steven H. Gifis,  
*Law Dictionary*. 4.ed. Nueva  
York: Barron's Educational  
Services, 1996.

4. Freedom of Information  
Act, 5 USC, parágrafo 552  
(a)(4)(A)(iii).

Cuando cursé la facultad de derecho (en Estados Unidos), todo estudiante poseía un ejemplar del diccionario jurídico *Black*. He aquí como este respetado diccionario define interés público: “(1) El bienestar general del público que asegura reconocimiento y protección; y (2) Algo en el que el público como un todo posee interés; especialmente un interés que justifique la reglamentación por parte del gobierno”.<sup>2</sup> Resulta difícil imaginar una definición más tautológica. Significa poco más que decir que el interés público consiste en el interés legal del público. ¿Esto nos llevaría a algún lado?

La definición presentada en el *Barron*, otro diccionario jurídico, tiene un poco más de sentido. Tal como el anterior, afirma que interés público es “aquello que representa lo mejor para la sociedad como un todo”, pero añade que se trata de “una determinación subjetiva por parte de un individuo, por ejemplo un juez o un gobernador, o de un grupo, como una [...] legislación que hace referencia a lo que es para el bien general de todo el pueblo” (subrayado nuestro).<sup>3</sup>

Aunque tampoco sea muy rigurosa, esta definición al menos reconoce una importante verdad práctica. Cuando un órgano legislativo adopta una ley que menciona el “interés público”, ofrece en esencia una indicación a la discrecionalidad del Poder Judicial o del Ejecutivo. Indica que una autoridad ejecutiva o judicial debe considerar, en su decisión sobre una cuestión específica, una definición necesariamente subjetiva de lo que es mejor en términos de interés público. Un ejemplo usado con frecuencia en Estados Unidos es el dispositivo de nuestra Ley de Libertad de Información, que obliga a los funcionarios administrativos a dispensar o a reducir las tarifas cobradas para costear la reproducción de los documentos requeridos, si la “revelación [...] es de interés público, porque es probable que contribuya significativamente a la comprensión pública de las operaciones o actividades del gobierno y que no sea especialmente del interés comercial del requirente”.<sup>4</sup>

Serían muchos los resultados arbitrarios e inconsistentes, si los burócratas del gobierno no sufrieran restricciones al interpretar criterios definidos de manera tan amplia. Pero sus decisiones están sujetas a revisión judicial, lo que, en última instancia, transfiere una buena parte del poder discrecional a los tribunales. Y los tribunales, a su vez, tienen sus propios medios para limitar decisiones arbitrarias e inconsistentes.



## El interés público en Europa Centro-Oriental

¿De qué manera todo esto se relaciona con Europa Central y Oriental? La manera por la cual el término “interés público” se usa como concepto sustantivo en Estados Unidos ofrece un contrapunto a una de las deficiencias generales del proceso de desarrollo del Estado de Derecho en varios países de Europa Centro-Oriental. No sé cuántas veces se menciona el “interés público” en la legislación de los países de esta región, pero existen ciertamente expresiones paralelas que presentan una semejanza sustantiva. Por ejemplo, hay en muchos códigos de proceso penal un dispositivo que estipula que los tribunales deben garantizar a los acusados la representación de un abogado, sin honorarios, si “el interés de la justicia” así lo exige. ¿A qué se refiere la expresión “interés de la justicia”, si no constituye también una codificación de la discrecionalidad, en los mismos moldes en que se utiliza “interés público” en Estados Unidos?

Un enfoque del derecho de interés público bajo esta perspectiva implicaría un poder discrecional por parte de las autoridades ejecutivas – y de jueces – al perseguir nociones abstractas de bienestar general, tal como la de justicia. Sin embargo, esto pone de manifiesto un impasse institucional serio, que se profundizó durante el más reciente período de reformas. Mientras la administración estatal posee – como está comprobado – menos autoridad para legislar que bajo el régimen socialista, estando el proceso legislativo en el ámbito de la competencia del parlamento, los cambios legislativos ampliaron cada vez más el poder discrecional de los órganos gubernamentales en la toma de decisiones. A pesar de ello, fue poca la atención brindada a establecer patrones y prácticas significativos para dar una orientación individual a los funcionarios públicos para el ejercicio de este arbitrio. Esto dio como resultado una implementación desigual de la ley y una ineficiencia en los mecanismos creados para mantener la credibilidad del gobierno frente a la población.<sup>5</sup>

La situación es semejante en lo que refiere al Poder Judicial, pues el ejercicio del arbitrio por parte de los jueces también está muy poco desarrollado en Europa Centro-Oriental. Ewa Letowska, la primera *ombudswoman* de Polonia – actualmente jueza de la Suprema Corte Administrativa del país – explicó brevemente cómo tal situación hunde sus raíces en la herencia

5. Véase E. Rekosh (ed.), *The Vicious Circle: Weak State Institutions, Unremedied Abuse and Distrust*. Budapest: Open Society Institute, 2005.

6. Ewa Letowska, Response to Questionnaire for *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*. Washington, DC: USAID, 2001 (archivo del autor).

\* La expresión *civil law* se refiere al sistema de tradición románico-codificada, mientras *common law* hace referencia al sistema de tradición consuetudinaria. [NT]

7. Jan Hrubala, Response to Questionnaire, id. Nota 6, supra.

8. J. Habermas, "Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy". (Trad. William Rehg). Cambridge: MIT Press, 1989, p. 27.

socialista: "Los tribunales [bajo el derecho socialista] estaban limitados no solo por la ley, sino también en cada acto normativo. [...] El sistema jurídico no era solamente un sistema de estatutos legales, sino también un sistema de normas creadas por la administración. Los tribunales afirmaron que no les era permitido [ejercer] controles sobre el Poder Ejecutivo, aunque este promulgara una ley inconstitucional".<sup>6</sup>

Como consecuencia de este contexto, el razonamiento jurídico en países post-socialistas, en comparación con otros países de *civil law*,\* tiende a depender aún más de la interpretación estricta del derecho positivo, y está mucho menos predispuesto a enfrentar resultados inconsistentes, ilógicos o inconstitucionales producidos por la aplicación literal de la ley. Esta afirmación amplia es, por cierto, aplicable en grados distintos de acuerdo con el país, la cultura jurídica en vigencia y otros factores. Eslovaquia ofrece un buen ejemplo de país donde se puede demostrar este punto con facilidad. Jan Hrubala, ex-juez y actualmente jefe del Departamento Anticorrupción del Gobierno, describe la situación en su país de la siguiente manera: "A pesar de los cambios democráticos en la sociedad, ciertos representantes de la clase jurídica siguen comportándose como si los jueces fueran nada más que servidores públicos cuya obligación es satisfacer la voluntad de los que actualmente detentan el poder y aceptar sin reservas las decisiones de los funcionarios de la administración pública".<sup>7</sup>

Esto nos lleva a la tercera concepción de derecho de interés público, tal vez la más relevante para Europa Centro-Oriental, y probablemente la que mejor se articula con la noción procesal de esfera pública, concepto estrechamente asociado a Jürgen Habermas, quien afirma:

*La sociedad civil se compone de asociaciones, organizaciones y movimientos que emergen más o menos espontáneamente y que, sintonizados con la resonancia de los problemas del ámbito social en las esferas de la vida privada, seleccionan tales reacciones y las transmiten, ampliadas, a la esfera pública. El núcleo de la sociedad civil comprende una red de asociaciones que institucionalizan discursos de resolución de problemas de interés general en el cuadro de las esferas públicas organizadas.*<sup>8</sup> (Subrayado nuestro.)

Para Habermas, un foro abierto al debate – que rotula como esfera pública – constituye el elemento crítico de la democracia. ¿Esto

qué tiene que ver con el derecho de interés público? Yo diría que, para Europa Central y Oriental, tiene mucho que ver. Para aquellos que participaron de la creación de un movimiento de derecho de interés público en Estados Unidos a fines de la década del 60 y durante la del 70, la noción de esfera pública, así como también el papel de la sociedad civil dentro de ella, **no** constituía el problema principal. Sus preocupaciones eran otras; en particular, como mencioné anteriormente, pretendían corregir los desequilibrios surgidos por el hecho de que los abogados privilegiaban los intereses económicos más poderosos de la sociedad.

Ellos no estaban tan interesados en discutir la naturaleza de la esfera pública, porque tal aspecto de la vida política norteamericana estaba activo y bien, a pesar de la efervescencia social de los años 60; o tal vez, incluso, como consecuencia de la misma.

El contraste con la sociedad europea fue explorado por primera vez por Tocqueville, pero una observadora más relevante para nuestros propósitos fue Hannah Arendt. Poco después de ir a vivir a Nueva York, en 1946, escribió en una carta a Karl Jaspers, uno de sus mentores: “la gente aquí se siente responsable de la vida pública de un modo como jamás vi en un país europeo”.<sup>9</sup> Para ejemplificar el motivo de su generalización, Arendt citó el vendaval de protestas que siguió a la detención en campos de concentración de norteamericanos descendientes de japoneses, durante la Segunda Guerra Mundial. Relatando una experiencia personal, escribió en la carta:

*Visité en la época a una familia norteamericana en Nueva Inglaterra. Eran personas absolutamente comunes – lo que se llamaría “pequeña burguesía” en Alemania – y, estoy segura, nunca habían visto un japonés en la vida. Como me enteré después, ellos y muchos de sus amigos le escribieron inmediata y espontáneamente a su representante en el Congreso, insistiendo en los derechos constitucionales de todos los norteamericanos, independientemente de su ascendencia y declarando que, si algo del género ocurriera, ellos mismos ya no se sentirían más seguros (estas personas eran de ascendencia anglosajona, sus familias vivían en el país hacía varias generaciones, etc.).*

Los defensores de los derechos humanos en Europa Centro-Oriental se pondrían muy contentos pero se sorprenderían si se depararan con un comportamiento análogo. En Hungría, por

9. Véase Lotte Kohler y Han Saner (eds.), *Hannah Arendt/Karl Jaspers: Correspondence*. Nueva York: Harcourt Brace & Company, 1992, p. 30.

10. Véase Viktoria Mohacsi, "Government Initiatives: Hungary's School Integration Program". In: E. Rekosh y M. Sleeper (eds.), *Separate and Unequal: Combating Discrimination against Roma in Education*. Public Interest Law Initiative/Columbia University, 2004.

ejemplo, el gobierno adoptó una admirable política educacional legal para disminuir la discriminación contra los gitanos, una minoría étnica marginada, revirtiendo la amplia segregación *de facto* de esta población en el sistema escolar.<sup>10</sup> Esta política fue fundamentalmente impulsada por los estándares internacionales y europeos, por la presión política de los propios gitanos y por la buena intención de un círculo dedicado, pero reducido, de tecnócratas, especialistas en educación y organizaciones no gubernamentales. Sin embargo, hay una notable ausencia de apoyo comprometido de la mayoría de la población.

A lo largo de décadas, y hasta hace poco tiempo, la esfera pública en Europa Central y Oriental estaba aletargada. El concepto de "interés público", sin embargo, no estaba ausente de modo alguno de la teoría jurídica socialista. Teóricamente, la principal función de la *Prokuratura* era – munida de sanciones criminales y civiles – proteger el interés público. Pero la gran diferencia en relación a los conceptos liberales que componen el derecho de interés público gira en torno a la noción de esfera pública. No había espacio en la teoría jurídica socialista para voces alternativas que compitieran para ser escuchadas en el proceso discursivo imaginado por Habermas. Los límites de la consideración a los intereses públicos en general eran definidos por la cúpula, en un proceso no democrático, e implementados de manera jerárquica rigurosa por las autoridades ejecutivas y, en los tribunales, por la todopoderosa procuraduría.

Este estado de cosas también tiene implicaciones para la importancia del razonamiento jurídico mencionado anteriormente. La herencia del sistema legal socialista corroe nuestra confianza en el poder discrecional de las autoridades ejecutivas y justifica la necesidad de estimular y desenvolver las funciones discrecionales del Poder Judicial. Además, el legado de este enfoque se mantiene evidente en las limitaciones del propio lenguaje usado para distinguir entre estatal y público en países que fueron socialistas. El interés del Estado equivale al interés público, y literalmente no existe en los idiomas nacionales correspondientes un vocabulario que distinga los intereses públicos de aquellos que son del Estado.

A pesar del contraste con el estado saludable de la esfera pública en los Estados Unidos, este aspecto también estaba presente cuando el campo del derecho de interés público comenzó a definirse, en las décadas del 60 y 70. Un paradigma es Thurgood

Marshall, que siguió la tradición de Louis Brandeis al ejercer como directivo y principal abogado del Fondo de Defensa Legal de la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) – la primera organización de defensa de los derechos civiles en Estados Unidos –, antes de ser juez de la Suprema Corte. En un discurso en la American Bar Association [Asociación de Abogados de Estados Unidos], en 1975, el juez Marshall declaró:<sup>11</sup> “El derecho de interés público busca cubrir algunas lagunas en nuestro sistema legal”. Como era de esperarse, estaba enfatizando los aspectos de la reforma jurídica del derecho de interés público. Él y sus predecesores venían asumiendo tal enfoque hacía décadas – en nombre de organizaciones no gubernamentales como la NAACP y la American Civil Liberties Union (ACLU) –, antes de la expansión y de la consolidación del campo del derecho de interés público en los Estados Unidos de los años 70. El juez Marshall prosiguió el discurso reconociendo las importantes contribuciones obtenidas por los abogados del derecho de interés público para sus clientes, los individuos subrepresentados de la sociedad, pero fue más allá al decir:

*Tal vez, en lo fundamental hicieron más: ellos hicieron funcionar mejor nuestro proceso legal. Expandieron el flujo de informaciones hacia aquellos que toman decisiones. Posibilitaron que administradores, legisladores y jueces evaluaran el impacto de sus decisiones en todos los intereses y minorías afectadas. Y al ayudar a abrir las puertas a nuestro sistema jurídico, nos acercaron un poco más al ideal de justicia igual para todos.*

Por lo tanto, al menos en la concepción del juez Marshall, ampliar y fortalecer la esfera pública constituye un importante objetivo del derecho de interés público también en los Estados Unidos. La distinción que hay que hacer en relación a Europa Centro-Oriental puede ser de grado. Allí es mucho más dramático, pues la esfera pública tendrá que ser creada a partir de cero, o reanimada tras décadas de adormecimiento.

Volviendo a la pregunta de “¿Quién define el interés público?”. En una sociedad liberal, la respuesta tal vez sea: usted y yo. Todos somos participantes de la definición de lo que es – y de lo que no es – de interés público, siendo el interés público elaborado en el debate resultante de valores y opiniones. La cuestión es: no necesitamos preocuparnos tanto con **qué** es el

11. T. Marshall, “Financing the Public Interest Law Practice: The Role of the Organized Bar”. *American Bar Association Journal*, v. 61, pp. 1487-1491, 1975.

interés público, sino con **quién** logra participar de su definición y a través de qué medios.

Aquí llegamos a las implicaciones estratégicas de este análisis conceptual. Describí tres enfoques distintos para la conceptualización del derecho de interés público: la concepción social, la sustantiva y la procesal. Tomándolas en un orden inverso, comenzaré por la concepción procesal de la esfera pública.

**Concepción procesal.** En Europa Centro-Oriental, la noción de esfera pública tiene implicaciones estratégicas de extraordinaria importancia para abogados y activistas que trabajan con derechos humanos y otras cuestiones de interés público. Si admitimos que un elemento crítico de desarrollo democrático es la expansión de la esfera pública, esto implica un enfoque de la ley radicalmente distinto – al menos desde el punto de vista histórico – de la tendencia predominante en la región. La ley es uno de los principales pilares del ejercicio de gobernar. Pero, si aceptamos que la ley debe ser producto del debate en la esfera pública, en vez de una entidad monolítica recibida de alguna autoridad superior, debemos dar oportunidades para discutir la ley. De esta forma, esta pasa a ser instrumental no solo para las autoridades gubernamentales, sino para todos. No se trata ya de un mero instrumento de control social, sino de un foro para la resolución de conflictos y la elaboración de nociones que compiten sobre aquello que es de interés público.

¿Qué significa esto en la práctica? Significa que las organizaciones no gubernamentales volcadas a objetivos sociales amplios, como los derechos humanos, pueden y deben añadir el sistema legal a su arsenal. Y podemos ver claramente que esto está sucediendo. El empleo estratégico e instrumental de la legislación de derechos humanos se evidencia cuando las organizaciones no gubernamentales utilizan el mecanismo de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sin embargo, una dependencia excesiva de la Corte Europea como principal foro para la reconciliación del interés público mediante la aplicación de normas internacionales genera sus propios problemas. La Corte cubre una jurisdicción inmensa, aún en expansión. No es práctico que este sea el único campo de batalla para resolver cuestiones de interés público. Necesitamos fortalecer la capacidad de los sistemas jurídicos nacionales para enfrentar reivindicaciones de interés público que rivalicen entre sí, tal como

lo hace la Corte Europea; en caso contrario, el componente legal de la esfera pública no estaría de hecho en la esfera pública, y permanecería solo allá, en Estrasburgo.

Esto quiere decir que las organizaciones no gubernamentales deben ser creativas y buscar maneras de, parafraseando a Marshall, abrir las puertas a sus propios sistemas jurídicos. En otras palabras, deben presionar a los tribunales comunes para que consideren el análisis constitucional y el derecho internacional al aplicar las leyes nacionales, utilizando mejor los tribunales y foros constitucionales en revisiones judiciales, ampliando la participación pública en los procedimientos administrativos y garantizando un mayor acceso a la información mantenida bajo el control del Estado.

Algunos argumentarían que estas estrategias legales son más apropiadas al sistema del *common law* que a la tradición del *civil law*. Yo respondería que, ante todo, tal distinción es a menudo exagerada, ya que los enfoques del *common law* y del *civil law* vienen convergiendo hace décadas y, lo que es más importante, creo que tales medidas constituyen un antídoto necesario a hábitos que cuentan décadas, formados en el contexto de una esfera pública debilitada.

**Concepción sustantiva.** Otro componente de la agenda estratégica de los abogados y activistas volcados al interés público putativo en Europa Centro-Oriental se refiere a lo que califiqué como concepción sustantiva del derecho de interés público. La incorporación explícita de la discrecionalidad en la ley se convierte en un complemento fundamental de los objetivos estratégicos ya mencionados. Esto, a su vez, depende de que los administradores y jueces reevalúen sus papeles y adopten nuevas líneas de razonamiento, menos usuales. Resumiendo, en muchos países de Europa Central y Oriental se hace presente la necesidad de un cambio cultural más amplio.

¿Cómo podría darse esto? Muchos alegan que un obstáculo central es la llamada mentalidad de los jueces. En otras palabras, la cultura legal no es propicia. Pues bien, si coincidimos en que el razonamiento judicial está enlazado a la cultura legal, entonces tendría sentido centrar el foco en las facultades de derecho. Las facultades de derecho constituyen también “fábricas” de cultura legal. Es ahí que los futuros abogados, fiscales y jueces aprenden a pensar como futuros abogados, fiscales y jueces.

Así, los objetivos estratégicos fundamentales dentro de las facultades de derecho deberían ser: perfeccionar la capacidad de pensamiento crítico de los licenciados en derecho e insertar aspectos prácticos de la ley tal como es aplicada, para desafiar el mito en que la ley se concibe como un reino monolítico y positivista de teoría pura. Para fortuna de los abogados de interés público, las facultades de derecho vienen mostrando una extraordinaria voluntad de aproximar la teoría a la práctica. Tanto los estudiantes como los profesores observan cada vez más la falta de ajuste entre la ley tal como se la percibe en el ambiente plácido de la facultad de derecho y su existencia de hecho, en el turbulento mundo externo. El rápido crecimiento de la obligatoriedad de pasantías en asistencia jurídica gratuita, en la cual los estudiantes aprenden mientras prestan asistencia a clientes reales, constituye solo uno de los indicadores de esta tendencia.

Estrategias similares se recomiendan para escuelas de administración pública y otros cursos destinados a perfeccionar y aumentar la competencia profesional de los administradores públicos. Un desafío específico en esta área es el hecho de que el estudio administrativo de la ley y su práctica no recibieron la misma atención dada al Poder Judicial durante la última década de reformas en Europa Centro-Oriental. En consecuencia, hay una necesidad preliminar de estudiar y comprender el modo por el cual están de hecho siendo tomadas las decisiones administrativas, e identificar qué tipo de perfeccionamiento sería más eficaz.

**Concepción social.** Finalmente, la concepción social de derecho de interés público está empezando a tener relevancia estratégica también en Europa Centro-Oriental. Basta prestar atención a las elucubraciones de George Soros, un férreo defensor del mercado libre, para encontrar pruebas de ello. Primero, en un artículo polémico intitulado “The Capitalist Threat”,<sup>12</sup> y en otros libros posteriores, incluyendo *Open Society: Reforming Global Capitalism*, Soros nos hace acordar al juez Brandeis. En la introducción de *Open Society*, escribe: “Los fundamentalistas del mercado sostienen que se atiende mejor el interés público cuando la gente puede alcanzar sus propios intereses. Se trata de una idea atractiva, pero es nada más que una verdad a medias. El mercado se presta eminentemente a la lucha por los intereses privados, pero no fue concebido para velar por el interés común”.<sup>13</sup>

La laguna identificada por Soros y por otros en Europa

12. George Soros, “The Capitalist Threat”, *The Atlantic Monthly*, v. 279, n. 2, feb. 1997, pp. 45-58.

13. G. Soros, *Open Society: Reforming Global Capitalism*. Nueva York: Public Affairs, 2000, p. xii.



Central y en la Oriental es la misma sobre la cual el juez Brandeis llamaba la atención en Estados Unidos en el pasaje del siglo pasado. La ley y los abogados al servicio de lo que Soros llama “fundamentalismo de mercado” corren el riesgo de convertirse en meros subordinados de las grandes empresas, como censuraba Brandeis. Es evidente que pocos discordarían de la opinión de George Soros de que el interés público está servido, en parte, por individuos que persiguen sus propios intereses privados. Pero, como él mismo oportunamente argumentó, el mercado solo jamás abordará muchos de los aspectos importantes de interés público.

Un ejemplo de este tipo de falla del mercado se refiere al acceso a los servicios legales. En Europa Centro-Oriental, donde los servicios legales están cada vez más sujetos a las reglas del libre mercado, un número creciente de individuos vienen recibiendo un tratamiento de segunda categoría por parte del sistema jurídico. En otras palabras, estamos alejándonos todavía más del ideal de igual acceso a la justicia para todos.

Para los activistas y abogados de interés público, la consecuencia estratégica está en dedicar más atención a los mecanismos – de fuentes estatales o privadas – capaces de ampliar las oportunidades de ayuda legal a aquellos excluidos por los precios prohibitivos del mercado.

**Concluyendo**, podemos identificar diversas estrategias críticas para el sostenimiento de la red de valores e ideales presente en el concepto de derecho de interés público. Primero, las organizaciones no gubernamentales pueden y deben hacer un uso más eficiente de la ley como instrumento para alcanzar propósitos sociales, lo que contribuiría al desarrollo de una esfera pública más vigorosa. Además, los profesores – que preparan a los futuros abogados – deben seguir acercando teoría y práctica, empeñándose en afinar el razonamiento crítico de los futuros jueces y demás profesionales del campo jurídico. Asociada a este esfuerzo, está la necesidad de comprender mejor el funcionamiento de los procesos administrativos y desarrollar instrumentos para perfeccionar el ejercicio del poder discrecional también por parte de los funcionarios públicos. Finalmente, las asociaciones de abogados, los tribunales, los órganos estatales y las organizaciones no gubernamentales deben explorar nuevas formas de colaboración para asegurar una ayuda legal adecuada, acercándonos así al ideal de igual acceso a la justicia para todos.

VÍCTOR ABRAMOVICH

Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS),  
Argentina.

#### RESUMEN

El objetivo de este documento es analizar diferentes líneas de trabajo de las organizaciones de derechos humanos en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales. En tal sentido, a partir de la definición de las principales características de estos derechos y de su estructura, analizaremos en primer lugar la posibilidad de exigirlos en las instancias judiciales, así como los problemas y límites de las estrategias de justiciabilidad. En la segunda parte abordaremos el debate sobre el lugar de los tribunales en cuestiones vinculadas a políticas sociales, y examinaremos, desde la perspectiva de las organizaciones de derechos humanos, la aparente disyuntiva entre estrategias de incidencia judicial y de incidencia política y su posible articulación. [Texto original en español.]

# LÍNEAS DE TRABAJO EN DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: HERRAMIENTAS Y ALIADOS\*

Víctor Abramovich



## La estructura de los derechos económicos, sociales y culturales y las posibles estrategias de incidencia judicial\*\*

Quienes afirman la tesis de un “defecto de nacimiento” de los derechos económicos, sociales y culturales en tanto pretendidos derechos, creen ver en su naturaleza el origen de la imposibilidad de alcanzar su exigibilidad. Los argumentos esgrimidos por los objetores de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parten, entonces, de diferenciar la naturaleza de estos derechos de la de los derechos civiles y políticos.

Uno de los puntos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los económicos, sociales y culturales, radica en el supuesto carácter de obligaciones negativas del primer género de derechos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que, en la mayoría de los casos, deberían solventarse con recursos del erario público.<sup>1</sup> De acuerdo con esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un **no hacer** por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la

\* Este documento ha sido elaborado con la colaboración de Julieta Rossi.

\*\* Esta parte del documento expresa las conclusiones de un trabajo de investigación más amplio elaborado junto a Christian Courtis (2002).

---

Ver las notas del texto a partir de la página 222.

---

Las referencias bibliográficas de las fuentes mencionadas en el texto están en la página 230.

---

libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a **hacer**, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad.

En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen.<sup>2</sup> Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y “naturalista” del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente la justicia, la seguridad y la defensa.<sup>3</sup> Sin embargo, incluso para los pensadores más caracterizados de la economía política clásica, como Adam Smith y David Ricardo, resultaba más que obvia la interrelación entre las supuestas “obligaciones negativas” del Estado, en especial – en materia de garantía de la libertad de comercio –, y una larga serie de obligaciones positivas, vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa, necesarias como condición del ejercicio de la libertad individual.

Smith, por ejemplo, asigna al Estado un rol activo en la creación de las condiciones institucionales y legales en la expansión del mercado.<sup>4</sup> Lo mismo cabe señalar con respecto a muchos otros derechos “civiles y políticos”: el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el de asociación, el de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la actuación de un colectivo de personas en cuanto tal, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etc.).<sup>5</sup>

Aun aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de “obligación negativa”, es decir, los que requieren una limitación en la actividad del Estado a fin de no interferir en la libertad de los particulares – por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la

prohibición del establecimiento de censura previa a la prensa, o bien la prohibición de violar la correspondencia y los papeles privados –, conllevan una intensa actividad estatal destinada a que agentes del propio Estado o particulares no interfieran en esa libertad, de modo tal que la contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado.<sup>6</sup>

En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a “naturalizar” esta actividad estatal y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que sustanciales.<sup>7</sup> Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina “derechos-prestación”.<sup>8</sup> Sin embargo, no resulta difícil descubrir, cuando se observa la estructura de estos derechos, la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural.

Es por ello que muchas de las acciones legales tendientes a la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando esta incumple con obligaciones de no hacer. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las

obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos. Así, por ejemplo, Contreras Peláez,<sup>9</sup> haciéndose cargo de la imposibilidad de una distinción tajante entre ambos tipos de derechos, afirma que “para los derechos sociales [...] la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho”.

Es aún posible señalar otro tipo de problema conceptual que hace difícil distinguir radicalmente entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro, subrayando las limitaciones de estas diferenciaciones y reafirmando la necesidad de un tratamiento teórico y práctico común en lo sustancial. La concepción teórica – e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos tradicionalmente considerados “derechos-autonomía” o derechos que generan obligaciones negativas por parte del Estado – ha variado de tal modo que algunos de los derechos clásicamente considerados “civiles y políticos” han adquirido un indudable cariz social. La pérdida de carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más cabal al respecto, aunque no el único.<sup>10</sup> Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de la obligación de reparar.

El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan de la relación consumidores y usuarios.<sup>11</sup> La consideración tradicional de la libertad de expresión y prensa ha adquirido dimensiones sociales que cobran cuerpo a través de la formulación de la libertad de información como un derecho de todo miembro de la sociedad que comprende, en ciertas circunstancias, la obligación positiva de producir información pública. La libertad de empresa y la de comercio resultan modalizadas cuando su objeto o desarrollo conlleven un impacto sobre la salud o el medio ambiente.<sup>12</sup> En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave

social, de modo que las distinciones absolutas tampoco tienen razón de ser en estos casos.<sup>13</sup> En tal sentido, la jurisprudencia de los órganos de protección internacional de derechos humanos, y en especial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha establecido la obligación positiva de los Estados de remover los obstáculos sociales que imposibilitan el acceso a la jurisdicción, de tomar medidas apropiadas para evitar que alteraciones ambientales puedan constituir una violación del derecho a la vida privada y familiar,<sup>14</sup> de desarrollar acciones afirmativas para impedir riesgos previsibles y evitables que puedan afectar al derecho a la vida.<sup>15</sup>

Dada la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, en muchos casos las violaciones de los primeros afectan también a los segundos, y viceversa. La tajante diferenciación entre ambas categorías suele desdibujarse cuando se procura identificar los derechos violados en los casos concretos. Muchas veces el interés tutelado por un derecho civil cubre también el interés tutelado por la definición de un derecho social. El límite entre una y otra categoría de derechos resulta ciertamente borroso. Cuando en el derecho interno de los Estados, o bien en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, no existen mecanismos directos de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, una estrategia indirecta consiste en reformular las obligaciones justiciables del Estado en materia de derechos civiles y políticos de modo de discutir por esa vía la violación. Esta vía resulta de suma importancia en aquellos países, como por ejemplo España y Chile, donde la tutela judicial constitucional a través de acciones tales como la de amparo ha sido restringida a un catálogo cerrado de derechos denominados “fundamentales”, que en general coincide con la lista clásica de derechos civiles. De este modo, resulta posible acceder a la tutela judicial en situaciones de flagrante violación de un derecho social. En tal sentido es de suma utilidad consultar el mecanismo de tutela de derechos sociales conexos con derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, como ejemplo de esta modalidad de protección indirecta de los derechos sociales a partir de su íntima relación con un derecho civil o político.<sup>16</sup>

El uso del derecho a la vida para proteger intereses

amparados por derechos sociales ha sido otra estrategia de protección indirecta de derechos económicos, sociales y culturales, utilizada en el nivel doméstico y que podría aplicarse asimismo en los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. En el sistema europeo también se ha utilizado el derecho a la vida como una forma de proteger intereses vinculados al derecho a la salud y de exigir al Estado obligaciones positivas de protección. En el caso *L.C.B. vs. United Kingdom*, el TEDH afirmó que la obligación del primer párrafo del Artículo 2 de la Convención obliga a los Estados no solo a abstenerse de privar a alguien intencional e ilegalmente de su vida sino también a adoptar medidas apropiadas para garantizar la vida. En el caso se discutía el alcance del deber del Estado de proveer información adecuada a la peticionante sobre circunstancias que podrían haber mitigado o evitado la enfermedad que padecía.

También se ha explorado como estrategia de exigibilidad indirecta de reclamo de derechos sociales la íntima relación que existe en la elección de una forma de vida individual y el aprovechamiento de bienes culturales que identifican, por ejemplo, a una determinada minoría o a un pueblo indígena. En ese sentido, el derecho de autonomía o el derecho a fijar un plan de vida de forma autónoma se ha emparentado con un derecho social a participar de ciertas prácticas o bienes culturales. Así se ha argumentado que el proyecto de vida de cada miembro de ese colectivo guarda una profunda dependencia con el goce de esos bienes culturales, como la lengua, la religión o la tierra ancestral, y las prácticas económicas tradicionales de los pueblos indígenas.<sup>17</sup>

Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que claramente pueden caracterizarse por medio de obligaciones negativas del Estado y que, por tanto, quedan enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia o



de la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente por medio de obligaciones positivas del Estado quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda.<sup>18</sup> En el espacio intermedio entre estos dos polos se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional, más o menos arbitraria.

En línea con lo dicho, autores como van Hoof o Asbjorn Eide proponen un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de “niveles” de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo con la propuesta de van Hoof,<sup>19</sup> por ejemplo, podrían discernirse cuatro “niveles” de obligaciones: obligaciones de **respetar**, obligaciones de **proteger**, obligaciones de **garantizar** y obligaciones de **promover** el derecho en cuestión. Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de **proteger** consisten en impedir que terceros injerieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de **garantizar** suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de **promover** se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

Como puede apreciarse, el esquema de “niveles” de obligaciones es perfectamente aplicable a todo el espectro de derechos, sean estos clasificados como derechos civiles y políticos, sean clasificados como derechos económicos, sociales y culturales. Gran parte del trabajo de los organismos de derechos humanos y de los órganos internacionales de aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en materia de derecho a la vida y derecho a la integridad física

y psíquica (y correlativas prohibiciones de muerte y tortura) – derechos habitualmente clasificados como civiles y políticos – ha consistido en reforzar los aspectos vinculados con las obligaciones de proteger y satisfacer estos derechos. En tal sentido, son diversas las medidas empleadas, tales como la investigación de las prácticas estatales violatorias de estos derechos, el juzgamiento o el establecimiento de responsabilidades civiles o penales a sus perpetradores, la reparación a las víctimas, la modificación de la legislación que establece fueros especiales para el juzgamiento de hechos de muerte, desaparición y tortura, la modificación de los programas de formación de las fuerzas militares y de seguridad, y la inclusión de formas de educación en derechos humanos en los planes de estudio regulares.

### *Obligaciones positivas y obligaciones negativas*

Cabe repetir que la objeción a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parte de la consideración simplista de estos derechos como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas, idea que, como vimos, dista de ser correcta.<sup>20</sup> Tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas. Ahora bien, conviene profundizar esta noción, ya que de su afinamiento dependerán la extensión y los alcances de la exigibilidad de uno y otro tipo de derechos.

En cuanto a las obligaciones negativas, se trata de las obligaciones de abstenerse de realizar cierta actividad por parte del Estado. Así, no impedir la expresión o difusión de ideas, no violar la correspondencia, no detener arbitrariamente, no impedir a una persona a afiliarse a un sindicato, no intervenir en caso de huelga, no empeorar el estado de salud de la población, no impedir a una persona el acceso a la educación.

En cuanto a las obligaciones positivas, conviene establecer algunas distinciones, que nos darán la pauta del tipo de medidas que pueden exigirse del Estado. Con cierto automatismo, suelen vincularse directamente las obligaciones positivas del Estado con la obligación de disponer de fondos. No cabe duda de que se trata de una de las formas más características de cumplir con obligaciones de hacer o de dar, en especial en

campos tales como la salud, la educación o el acceso a la vivienda. Sin embargo, las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación. Las obligaciones de proveer servicios pueden caracterizarse por el establecimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario de la prestación. El Estado puede, sin embargo, asegurar el goce de un derecho a través de otros medios, en los que pueden tomar parte activa otros sujetos obligados.

1. Por un lado, ciertos derechos se caracterizan por la obligación del Estado de establecer algún tipo de regulación, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido.<sup>21</sup> En estos casos, la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación sino más bien con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada. En este sentido, por ejemplo, si se le quiere dar algún contenido operativo, el derecho a asociarse libremente supone la obligación estatal de dar relevancia o reconocimiento jurídico a la asociación que resulte del ejercicio de dicho derecho. Del mismo modo, el derecho a formar un sindicato o a afiliarse a un sindicato implica el derecho a otorgar consecuencias jurídicas relevantes a su actuación. El derecho político a elegir presupone la posibilidad de elegir entre distintos candidatos, lo que a su vez supone una regulación que asegure la posibilidad de que varios candidatos representen a partidos políticos y se presenten a elecciones. El derecho a la información implica al menos el establecimiento de una regulación estatal, tendiente a asegurar el acceso a información de origen diverso y la pluralidad de voces y opiniones. El derecho a casarse implica la existencia de una regulación jurídica que otorgue alguna virtualidad al hecho de contraer matrimonio. El derecho a la protección de la familia supone la existencia de normas jurídicas que asignen a la existencia de un grupo familiar algún tipo de consideración diferencial con respecto a su inexistencia.

El goce de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original. Así, puede tratarse de nuevas normas permisivas (por ejemplo, la posibilidad de que la asociación celebre contratos, o la posibilidad de que el matrimonio inscriba su vivienda como bien de familia, protegiéndola de posibles ejecuciones, etc.); de prohibiciones para el Estado (por ejemplo, la imposibilidad de imponer restricciones arbitrarias o discriminatorias en el ejercicio de los derechos mencionados, o bien la prohibición de discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio); o incluso de mandatos para el Estado (la obligación de reconocimiento de los candidatos propuestos por los partidos políticos, o de los delegados sindicales).

2. En otros casos, la obligación exige que la regulación establecida por el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas, o les imponga obligaciones de algún tipo. Gran parte de las regulaciones vinculadas con los derechos laborales y sindicales comparten esta característica, del mismo modo que la relativamente reciente normativa de defensa del consumidor y de protección del medio ambiente. Así, el establecimiento de un salario mínimo, el principio que establece la igualdad de remuneración ante igualdad de tareas, la obligatoriedad de los descansos, de la jornada de trabajo limitada y de vacaciones pagas, la protección contra el despido arbitrario, las garantías de los delegados gremiales para el cumplimiento de su gestión, etc., tendrían poco sentido si fueran exigibles solo al Estado cuando este actúa como empleador. Frente a economías de mercado, el contenido de estas obligaciones estatales es el de establecer una regulación que se extienda a los empleadores privados. Lo mismo cabe decir con respecto a las normas que regulan las relaciones de consumo y con las referidas al establecimiento de obligaciones ambientales

En otros supuestos, la regulación estatal puede establecer limitaciones o restricciones a la libre asignación

de factores económicos por parte del mercado, de modo de promover o favorecer el acceso de sectores de menores recursos a derechos tales como la vivienda. La regulación estatal de las tasas de interés en materia hipotecaria y la regulación de los arrendamientos con destino de vivienda familiar son ejemplos de este tipo de medidas. Sin embargo, estas restricciones no se limitan al campo económico. El derecho de rectificación o respuesta es un buen ejemplo de esto: en estos casos, el Estado establece restricciones al libre uso de un medio periodístico privado, en favor del particular que se siente afectado por la información inexacta o agravante.

3. Por último, el Estado puede cumplir con su obligación proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de modalidades de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulaciones en las que ciertas personas privadas se vean afectadas por restricciones, limitaciones u obligaciones. Las formas que pueden adoptar las medidas estatales de cumplimiento de las obligaciones positivas son múltiples: la organización de un servicio público (por ejemplo, el funcionamiento de los tribunales, que asegura el derecho a la jurisdicción; la previsión de cargos de defensor oficial, que asegura el derecho de defensa en juicio a quienes no pueden pagar un abogado particular; o la organización del sistema educativo público); la oferta de programas de desarrollo y capacitación; el establecimiento de formas escalonadas público/privadas de cobertura (por ejemplo, mediante la organización de formas privadas de aporte para el mantenimiento de obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y el establecimiento de un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la estructura de empleo); la gestión pública de créditos diferenciales (por ejemplo, los créditos hipotecarios destinados a vivienda); la entrega de subsidios; la realización de obras públicas; el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas.

Como puede verse, el complejo de obligaciones que llega a

abarcarse un derecho es sumamente variado. Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales. Consecuentemente, es falso que las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas.

De lo dicho hasta ahora se desprenden conclusiones que cuestionan claramente la idea de que solo los derechos civiles y políticos resultan justiciables.<sup>22</sup> Entendiendo que todo derecho genera al Estado un complejo de obligaciones negativas y positivas, cabe analizar entonces qué tipo de obligaciones brindan la posibilidad de su exigencia a través de la actuación judicial. El problema remite a una de las discusiones clásicas en materia de definición de los derechos, consistente en la relación entre un derecho y la acción judicial existente para exigirlo. Algunas de las dificultades conceptuales que plantea esta discusión, fuente constante de respuestas circulares, atañen a la estrecha vinculación de la noción clásica de derecho subjetivo, la noción de propiedad y el modelo de Estado liberal.<sup>23</sup> Dado que gran parte de las nociones sustanciales y procesales propias de la formación jurídica continental tradicional surgen del marco conceptual determinado por esta vinculación, muchas de las respuestas casi automáticas dadas frente a la posible justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales insisten en señalar la falta de acciones o garantías procesales concretas que tutelen estos derechos.

Algunas de las facetas que se señalan al respecto atañen al carácter colectivo de muchos reclamos vinculados con derechos económicos, sociales y culturales, a la inadecuación de la estructura y de la posición del Poder Judicial para imponer obligaciones que exigen que los poderes políticos dispongan de fondos para su cumplimiento, o bien a la desigualdad que generaría el éxito de algunas acciones individuales en las que se haga exigible un derecho, mientras se mantiene la situación de incumplimiento en el resto de

los casos idénticos no planteados judicialmente. En tal sentido, algunos autores expresan como un obstáculo a la justiciabilidad el acotado marco cognitivo de un proceso judicial: el marco de decisión del litigio judicial no siempre es el ámbito más adecuado para discutir y decidir cuestiones de políticas públicas que pueden implicar priorizar objetivos, distribuir recursos, equilibrar intereses contrapuestos, etc.<sup>24</sup> Algunos otros se refieren a la formación profesional de los jueces: ciertas cuestiones que se ponen a consideración de la judicatura requieren conocimientos técnicos específicos y abundante información sobre los hechos, aspectos para los cuales una agencia administrativa especializada resulta mejor dotada que un juez.<sup>25</sup>

Aun advirtiendo esta dificultad teórica – que por supuesto genera límites en la justiciabilidad de algunas obligaciones que surgen de derechos económicos, sociales y culturales – es necesario realizar un análisis más preciso para deslindar distintos tipos de situaciones en las que la violación de derechos económicos, sociales y culturales sea corregible mediante la actuación judicial. Cabe agregar, además, que de la inexistencia de instrumentos procesales concretos para remediar la violación de ciertas obligaciones que tienen como fuente derechos económicos, sociales y culturales, no se sigue de ningún modo la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos. El argumento de la inexistencia de acciones idóneas señala simplemente un estado de cosas<sup>26</sup> susceptible de ser modificado. Lo único que afirma es que los instrumentos procesales tradicionales – surgidos en el contexto de litigios que tenían como medida el interés individual, el derecho de propiedad y una concepción abstencionista del Estado – resultan limitados para exigir judicialmente estos derechos.<sup>27</sup>

Por un lado, como hemos dicho, en muchos casos las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales provienen del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado. Además de algunos de los ejemplos dados, es útil recordar que uno de los principios liminares establecidos en materia de derechos económicos, sociales y culturales es la obligación estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos (Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC),

que de hecho establece importantes obligaciones negativas para el Estado. Este tipo de violaciones abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos sociales y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos.

Piénsese, por ejemplo, en la violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes; o en la violación del derecho a la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda alternativa; o en la violación del derecho a la educación, a partir de la limitación del acceso a la educación basada en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido; o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce sea discriminatoria. En estos casos, son perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales, llámense acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daños y perjuicios. La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por un determinado derecho económico, social o cultural es cuestionable judicialmente y, verificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la manifestación viciada de voluntad del Estado, obligándolo a corregirla de manera de respetar el derecho afectado.

Por otro lado, nos enfrentamos a casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o tomar medidas en el sentido de la protección y satisfacción de los derechos en cuestión. Este es el punto en el que se plantea la mayor cantidad de dudas y cuestionamientos respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La cuestión presenta, sin embargo, una multiplicidad de facetas, que conviene repasar. Puede concederse que en el caso límite, es decir, el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado, resulta sumamente difícil promover su cumplimiento directo por medio de la actuación



judicial. Cabe otorgar razón a algunas de las tradicionales objeciones efectuadas en esta materia: el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública; el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general; la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio; el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una supuesta sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida; la sustitución de medidas generales por decisiones *ad hoc* efectuadas por el juez en el caso particular pueden resultar también fuente de desigualdades indeseables, etc.

Ahora bien, aun admitiendo las dificultades, cabe señalar algunos matices a estas objeciones. En principio, es difícil imaginar la situación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho económico, social y cultural. Como hemos dicho, el Estado cumple en parte con derechos tales como el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación, mediante regulaciones que extienden obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado por medio de reglamentaciones y del ejercicio del poder de policía, ejercido *a priori* (a través de autorizaciones, habilitaciones o licencias) o *a posteriori* (a través de la fiscalización). De modo que, cumplida en parte la obligación de tomar medidas tendientes a garantizar estos derechos, aun en los casos en los que las medidas no impliquen directamente la prestación de servicios por parte del Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho.

Las posibilidades son más evidentes cuando el Estado presta efectivamente un servicio en forma parcial, discriminando a capas enteras de la población. Pueden subsistir, evidentemente, dificultades procesales y operativas en el planteo de casos semejantes, pero difícilmente pueda discutirse que la realización parcial o discriminatoria de una obligación positiva no resulte materia justiciable. En tal sentido, la apelación a juicios de igualdad de trato para reclamar derechos sociales fue una vía tradicionalmente

utilizada por los movimientos de derechos humanos en sus estrategias de litigio. Desde el movimiento por los derechos de las mujeres que reclamaron equiparación salarial en los puestos de trabajo, hasta el movimiento de derechos civiles en los Estados Unidos (que utilizó esta vía para exigir igualdad de acceso a puestos de trabajo, equiparación salarial y equivalentes condiciones de educación y salud pública), la igualdad de trato y la prohibición de discriminación han sido vías exploradas con éxito para exigir indirectamente derechos económicos, sociales y culturales de grupos o sectores menos protegidos por el Estado. También en este punto es de suma utilidad consultar el desarrollo de los criterios y estándares de igualdad y no discriminación establecidos por la Corte Constitucional colombiana, y su aplicación en relación con los derechos sociales.<sup>28</sup>

En segundo lugar, más allá de las múltiples dificultades teóricas y prácticas que plantea la articulación de acciones colectivas, en muchos casos el incumplimiento del Estado puede reformularse, aun en un contexto procesal tradicional, en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de hacerlo en forma genérica. La violación general del derecho a la salud puede reconducirse o reformularse mediante la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una violación ocasionada por la falta de producción de una vacuna; o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona; o por el establecimiento de condiciones discriminatorias en el acceso a la educación o a la vivienda; o de pautas irrazonables o discriminatorias en el acceso a beneficios de asistencia social, como, por ejemplo, la prohibición de extender a inmigrantes no legales los beneficios de un programa de medicamentos contra el VIH. La habilidad del planteo radicará en la descripción inteligente del entrelazado de violaciones de obligaciones positivas y negativas, o bien de la demostración concreta de las consecuencias de la violación de una obligación positiva que surge de un derecho económico, social y cultural, sobre el goce de un derecho civil y político. Podría señalarse que si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de derechos o intereses individuales homogéneos,<sup>29</sup> las numerosas decisiones judiciales individuales

constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública, efecto especialmente valioso al que nos referiremos en seguida.

Enfrentados a los supuestos de acciones de reclamo colectivo y directo de derechos sociales motivadas en la inacción del Estado, la respuesta de la administración judicial puede asumir temperamentos muy diversos. En principio la actuación judicial puede consistir, por un lado, en la declaración de que la omisión estatal constituye una violación del derecho en cuestión, y luego en el emplazamiento al Estado a realizar la conducta debida. En estos casos, corresponde al órgano judicial señalar a los poderes políticos del Estado el carácter de la conducta debida, sea a partir del resultado concreto requerido sin consideración de los medios a emplearse (por ejemplo, el acceso de parte de la población a servicios médicos, o la relocalización de personas desalojadas forzosamente), o bien, en caso de existir una única medida posible para obtener el resultado requerido, describiendo con precisión la acción que debe adoptarse. En estos supuestos, la información pública disponible y la conducta previa del Estado, sus “actos propios”, revisten una enorme importancia, pues contribuyen a acotar la discusión sobre asuntos de “política pública” o de índole técnica (por ejemplo, acerca de las prioridades presupuestarias o la formulación, diseño o implementación de medidas de gobierno específicas). Es en este tipo de casos en los cuales los obstáculos a la exigibilidad de los derechos sociales se observan con más claridad, y en los cuales el Poder Judicial suele actuar con mayor reticencia.

No cabe duda de que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria e implementación que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquellos. Sin embargo, aun en estos casos los márgenes de actuación de la magistratura son variados y los tribunales han encontrado la manera de garantizar la vigencia de los derechos sociales afectados, tomando como base de su intervención los estándares jurídicos fijados en las constituciones y los tratados de derechos humanos, y

buscando en cada caso la mejor manera de resguardar la órbita de acción de los demás poderes del Estado, a los que en ocasiones han reenviado la cuestión, luego de fijar su marco jurídico, para que definan la medida o política pública necesaria para reparar la violación de los derechos en juego.

La jurisprudencia de los tribunales domésticos de la región brinda ejemplos de algunas vías que ya han sido exploradas con éxito para exigir a los tribunales el cumplimiento de su función de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. En tal sentido se ha logrado que los jueces obliguen al Estado a suministrar medicamentos a todos los portadores de VIH-SIDA del país; a fabricar una vacuna y proveerla a todos los habitantes afectados por una enfermedad endémica; a crear centros de atención materno infantil para un grupo social discriminado; a proveer agua potable a toda una comunidad indígena; a extender la cobertura de un beneficio educativo o asistencial a un grupo originariamente excluido; a reintegrar a una escuela secundaria privada los alumnos que sufrieron una expulsión injustificada, entre otros casos relevantes.<sup>30</sup>

### **El papel de la administración de justicia y la articulación de estrategias legales y de incidencia política**

El análisis de las circunstancias históricas que han llevado a un mayor activismo judicial dentro de nuestra región en materia de derechos económicos, sociales y culturales está en directa relación con la existencia de factores políticos que le otorgaron al Poder Judicial una especial legitimación para ocupar nuevos espacios de decisión, anteriormente restringidos a los demás poderes del Estado. La debilidad de las instituciones democráticas de representación, así como el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política, han contribuido a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales, lo que ha reeditado, con especial referencia al tema de los derechos sociales, la vieja polémica sobre los márgenes de actuación de las instancias judiciales con relación a las instancias políticas. En cierta medida, el reconocimiento de derechos directamente justiciables limita

o restringe el espacio de actuación de los órganos políticos. El análisis de esta cuestión excede el marco conceptual de este trabajo. Sin embargo, entendemos que de ningún modo esta pregunta puede responderse en abstracto, sin atender al contexto social e institucional en el cual la administración de justicia es llamada a intervenir.<sup>31</sup>

Claro está, sin embargo, que la intervención judicial en estos campos, en aras de preservar su legitimidad, debe estar firmemente asentada sobre un estándar jurídico: la “regla de juicio” sobre cuya base interviene el Poder Judicial no puede ser otra que un criterio de análisis de la medida en cuestión que surja de una norma constitucional o legal (por ejemplo, los estándares de “razonabilidad”, “adecuación” o “igualdad”, o el análisis de contenidos mínimos que pueden venir dados por las propias normas que fijan derechos). Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia.

Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas de las que depende la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un “diálogo” entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.<sup>32</sup> Solo en circunstancias excepcionales, cuando la magnitud de la violación o la falta completa de colaboración de los poderes políticos lo ha justificado, los jueces han avanzado en la determinación concreta de las medidas a adoptar a partir de su propio criterio.<sup>33</sup>

Pueden trazarse algunas líneas tentativas para caracterizar situaciones-tipo en las que el Poder Judicial ha asumido la tarea de verificar el cumplimiento de estándares jurídicos en el diseño y ejecución de políticas públicas.

Un primer tipo de casos consiste en las intervenciones judiciales que tienden a “juridificar” medidas de política pública

asumidas por el Estado sin entrar en la valoración de la propia política pública – esto es, a transformar medidas formuladas por el Estado dentro de su marco de discrecionalidad en obligaciones legales y, por tanto, sujetas a sanciones jurídicas en caso de incumplimiento. En su análisis, el tribunal acepta la medida diseñada por los otros poderes del Estado, pero transforma su carácter, de mera decisión discrecional en obligación legal. El Poder Judicial se transforma así en garante de la ejecución de esa medida.

En muchos de estos casos la medida que el Estado ha formulado coincide con la que reclaman los demandantes, solo que ahora su adopción ha cobrado carácter obligatorio y su ejecución no queda librada exclusivamente a la voluntad del órgano que la formuló. Un ejemplo de estas situaciones es el caso *Viceconte*,<sup>34</sup> en el cual el Estado argentino había asumido la decisión política de fabricar una vacuna contra una enfermedad endémica y epidémica y hasta había elaborado un cronograma para su producción, y el tribunal se limitó a transformar el carácter de esa medida, convirtiéndola en una obligación legal, y por ende emplazó al Estado en los términos del cronograma, fijando sanciones para el caso de inejecución.

Corresponde en este punto señalar que la discusión sobre los problemas de legitimación de la judicatura en este tipo de litigios colectivos, o de impacto colectivo, tiene aristas particulares en los casos en que esta debe decidir exclusivamente acerca del cumplimiento por la administración de obligaciones muy claras establecidas por las leyes o reglamentos en materia social. En estos supuestos, el tribunal no debe fijar comportamientos o políticas sino que se limita a hacer cumplir, a ejecutar, lo establecido en las leyes; por ejemplo, una ley de VIH-SIDA que fije claramente las prestaciones que deben suministrarse a las personas afectadas, o un reglamento del Ministerio de Salud que fije el alcance de la cobertura asistencial en materia de VIH-SIDA en todos los hospitales públicos en cumplimiento de un mandato legal. En estos casos no hay discusión acerca de la existencia de una obligación – en sentido jurídico – de brindar la prestación sino tan solo se examina el incumplimiento de la administración.

Si bien todo acto de interpretación de la ley resulta en cierta medida un acto de creación de derecho, la actuación judicial sigue los lineamientos y pautas fijados por el

Congreso, que es, en la teoría clásica de división de poderes, expresión de la voluntad política de los intereses mayoritarios.<sup>35</sup> Lo mismo ocurre cuando la justicia es convocada a ejecutar reglamentaciones o actos emanados de la propia administración, de los que se derivan obligaciones jurídicas para esta. La posible intromisión en áreas o esferas de actuación reservadas a los demás poderes no es una cuestión que pueda plantearse válidamente en estos casos. La justicia se limita a hacer cumplir obligaciones de la administración fijadas por una ley o por la propia administración en ejercicio de sus competencias reglamentarias.

Un segundo tipo de situaciones está dado por los casos en los cuales el tribunal examina la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión. En estos casos, si el tribunal considera que esa política – o un aspecto de ella – es incompatible con el estándar, reenvía la cuestión a los poderes concernidos para que la reformulen. Ejemplos de estándares a partir de los cuales los tribunales analizan una política pública son los de razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad, no regresividad, transparencia,<sup>36</sup> etc. Así, por ejemplo, en el caso *Grootboom*,<sup>37</sup> la Corte Constitucional entiende que la política de vivienda desarrollada por el gobierno sudafricano resultaba irrazonable al no prever el suministro inmediato de soluciones habitacionales a los sectores de la población con necesidades de vivienda imperiosas. En este caso, el tribunal llega a la conclusión de que un aspecto de la política era contrario al estándar de razonabilidad, pero no cuestiona la totalidad de la política. Por lo general, los tribunales reconocen a los demás poderes un amplio margen para diseñar políticas públicas, de modo que no los sustituyen en la elección de los lineamientos que se ajusten a los estándares jurídicos aplicables.

Si la actuación de los poderes políticos se ajusta al estándar, el Poder Judicial no entra a analizar si hubiera podido adoptarse alguna política alternativa. El margen de control también depende del estándar: el análisis de “razonabilidad” es menos riguroso que el que podría elaborarse sobre la base de la noción de “medida apropiada” del PIDESC. Un punto que sería importante tener en cuenta es que en este tipo de casos, la actuación judicial en la etapa de ejecución no consiste en la

imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente – por ejemplo la imposición de la obligación de pagar un monto líquido y exigible – sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos generales, cuyo contenido concreto se va construyendo en el curso de la instancia a partir del “diálogo” entre el juez y la autoridad pública. De modo que la sentencia, lejos de constituir la culminación del proceso, opera como un punto de inflexión que modifica el sentido de la actuación jurisdiccional: desde su dictado, es al Estado a quien le corresponde diseñar el modo en que cumplirá las instrucciones del juez, y el tribunal se limitará a controlar la adecuación de las medidas concretas adoptadas con el mandato que ha impartido.

Puede imaginarse un tercer tipo de situaciones, en las que el Poder Judicial se vería forzado a valorar él mismo el tipo de medida a adoptar. Se trata de situaciones en las cuales, ante la pasividad de los demás poderes frente a la vulneración de un derecho social, el tribunal verifica la existencia de una única medida de política pública adecuada – es decir, la inexistencia de alternativas para satisfacer el derecho en cuestión – y ordena realizarla. Sería ejemplo de ello la situación planteada en el caso *Beviacqua*,<sup>38</sup> en el cual la preservación de la vida y la salud de un niño con una enfermedad de médula de suma gravedad solo admitía la entrega del medicamento específico que los padres no estaban en condiciones de costear. En estos casos, a diferencia de los anteriores, el Poder Judicial es el que asume la elección de la medida a adoptar y, por ende, de la conducta debida.

Puede pensarse un cuarto tipo de intervención judicial, que se limite a declarar que la omisión del Estado es ilegítima sin disponer medida alguna de reparación. Aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Tanto en el caso de decisiones judiciales individuales que resulten ejecutables – como en el referido caso *Beviacqua* – o en decisiones judiciales que declaren el incumplimiento de la obligación del Estado en determinada materia, y que eventualmente comuniquen la decisión a los poderes políticos, las sentencias obtenidas pueden constituir



importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos y no meramente a través de las actividades de *lobby* o demanda político-partidaria.

Como puede observarse, las múltiples formas de intervención judicial, que obedecen a distintos niveles o grados de activismo, determinan el potencial de las diversas estrategias de incidencia legal y la posibilidad de establecer articulaciones fructíferas con otras estrategias de incidencia política, tales como el monitoreo de políticas públicas sociales, el cabildeo en las instancias de la administración o en el Parlamento, la negociación, la movilización social o las campañas de opinión pública.

Por eso es erróneo pensar las estrategias legales como excluyentes de otras estrategias de incidencia política, o plantear una disyuntiva entre actuar en los tribunales o hacerlo en la esfera pública política. En principio, toda estrategia de reclamo de derechos, en especial en casos que expresan conflictos colectivos o situaciones de intereses individuales homogéneas, tiene un claro sentido político.

Además, en el marco de las acciones de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales, una clave de éxito es la posibilidad de articular los diferentes campos, de modo que la resolución del caso legal contribuya a transformar las deficiencias institucionales, las políticas de Estado, o las situaciones sociales que están en la raíz del conflicto. Por lo general, las estrategias legales exitosas resultan ser aquellas que van acompañadas de la movilización y el activismo en el ámbito público de los protagonistas del conflicto real que subyace y sostiene al proceso.

En ocasiones, las vías legales vienen a resguardar o a hacer efectivas las “conquistas” obtenidas en el plano político.<sup>39</sup> En el marco de nuestras débiles democracias, la sanción de leyes por el Congreso por lo general no asegura la efectividad de los derechos reconocidos y, como vimos, a veces es necesario litigar para lograr la implementación y el cumplimiento de esas normas. De tal modo, en un sistema institucional con fuertes falencias, ni los triunfos judiciales en materia de derechos sociales, ni los triunfos políticos son definitivos, y obligan a utilizar todas las vías de reclamo y acciones disponibles.

Uno de los sentidos de la adopción de cláusulas

constitucionales o de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos – no como concesión graciosa – sino como un programa de gobierno asumido tanto interna como internacionalmente. Parece evidente que, en este contexto, es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo que recuerden a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Resulta especialmente relevante que sea el propio Poder Judicial el que “comunique” a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia.

La lógica de este proceso es similar a la que informa el requisito del agotamiento de los recursos internos como condición previa para acceder al sistema internacional de protección de los derechos humanos: ofrecer al Estado la posibilidad de conocimiento y reparación de la violación alegada, antes de acudir a la esfera internacional a denunciar el incumplimiento. Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es “puesto en mora” por el Poder Judicial, amén de las posibles consecuencias adversas en el plano internacional se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población.

Hemos visto como el margen de actuación del Poder Judicial puede variar considerablemente en relación con las acciones de exigibilidad directa de derechos económicos, sociales y culturales: desde convertir en legal una decisión de política pública ya asumida por el Estado, ejecutar una ley o una norma administrativa que fija obligaciones jurídicas en materia social, establecer un marco dentro del cual la administración debe diseñar e implementar acciones concretas y monitorear su ejecución, hasta determinar una conducta a seguir o, en ciertos casos, meramente declarar al Estado en mora respecto de una obligación sin imponer remedio procesal o una medida de ejecución determinada.

La articulación de las acciones legales que puedan conducir a algunos de estos resultados con otras estrategias de incidencia política será la clave de una estrategia efectiva de exigibilidad.

Podría suponerse que la mayor moderación con la que actúa la justicia hará necesario un trabajo político más activo, para lograr que esa decisión judicial pueda traducirse en la satisfacción de los derechos en juego. Sin embargo, no existe ningún factor que obligue a considerar a las estrategias legales como opciones excluyentes de las vías políticas.

Es conveniente analizar otros supuestos en los que sea posible articular estas dos vías en el trabajo de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales. En ocasiones, puede buscarse la intervención judicial tan solo con objeto de apuntalar otros frentes abiertos para canalizar demandas sobre instancias administrativas u órganos legislativos del Estado. Se trata de estrategias legales complementarias que parten de una perspectiva o enfoque procedimental: no se reclama una prestación, ni se impugna directamente una política o medida que afecta a derechos sociales sino que se pretende garantizar las condiciones que hacen posible la adopción de procesos deliberativos de producción de normas legislativas o actos de la administración.

En estas situaciones las demandas no procuran que la justicia conozca directamente el conflicto colectivo y garantice un derecho social sino tan solo complementar las demás acciones de incidencia política. Así, por ejemplo, se reclama ante la justicia la apertura de espacios institucionales de diálogo, el establecimiento de sus marcos legales y procedimientos o la garantía de participación en estos espacios, bajo condiciones igualitarias, de los actores potencialmente afectados. También puede pedirse el acceso a la información pública indispensable para el control previo de las políticas y decisiones a adoptarse (y la legalidad de las adoptadas), y la producción de datos en su caso, así como la ejecución y el cumplimiento de los acuerdos alcanzados por personas u organizaciones sociales, en las diversas instancias formales o informales de intercambio y comunicación con la administración.

En algunos países de nuestra región las organizaciones de usuarios y consumidores han desarrollado con éxito estas vías de acción, reclamando por ejemplo la realización de audiencias públicas antes de la negociación de tarifas de servicios domiciliarios – como los de energía eléctrica, agua o gas –, o de los contratos con las empresas concesionarias, pidiendo acceso a la información pública indispensable para hacer valer

sus derechos en esos ámbitos y resguardando, en ocasiones con la intervención judicial, el resultado alcanzado tras esos procesos deliberativos. Las organizaciones ambientalistas también han desarrollado estrategias de incidencia judicial con objeto de reclamar espacios de participación y de acceso a la información con anterioridad a la adopción de medidas o políticas que implicaban riesgos para el ambiente. Las acciones judiciales de los pueblos indígenas tendientes a lograr mecanismos de consulta y participación en la toma de decisiones concernientes a sus tierras culturales se encuadran también en esta modalidad de estrategias legales.

El movimiento de derechos humanos tiene mucho que aprender de estas estrategias. Cuando la administración dispone de espacios de participación cívica para la discusión o el análisis de ciertas medidas o políticas (audiencias públicas en el parlamento o en órganos administrativos, mecanismos de elaboración participada de normas, presupuesto participativo, consejos de planificación estratégica en las ciudades), las acciones pueden dirigirse a discutir las condiciones de admisión, así como los mecanismos de debate y diálogo a fin de garantizar reglas básicas de procedimiento. En estos supuestos, si bien se discute formalmente un derecho de participación cívica o ciudadana, los derechos sociales en juego pueden determinar el alcance de esa participación – por ejemplo, al configurar el colectivo afectado o el sector que debería merecer atención prioritaria del Estado, o contar con un espacio institucional de participación con anterioridad a que una decisión de política social pudiera adoptarse.

Así, por ejemplo, en el caso de la Federación Independiente del Pueblo Shuar de Ecuador (FIPSE) contra la empresa petrolera Arco, se logró por la vía de un amparo judicial que se prohibiera a la compañía negociar con comunidades de base su entrada a territorio indígena para realizar actividades de exploración, excluyendo a las legítimas autoridades políticas del pueblo indígena. Este caso, similar a los tradicionales conflictos de encuadre sindical y legitimación de sindicatos en los procesos de negociación colectiva, pretendió resguardar las reglas de un proceso de negociación fijando a los actores legitimados para desarrollarlo.<sup>40</sup>

En ocasiones, la intervención judicial puede requerirse al solo efecto de hacer efectivo un acuerdo alcanzado como fruto

de una negociación con el Estado – por ejemplo, un acuerdo de relocalización de un grupo de personas sujeto a un desalojo compulsivo. Si bien en estos casos se trata de ejecutar decisiones asumidas por el Estado, las características de los derechos sociales en juego, como el derecho a la vivienda, van a fijar los márgenes de actuación de la justicia y la interpretación del alcance mismo de las obligaciones que emanan de estos acuerdos.<sup>41</sup>

Dentro de las acciones legales que podrían desarrollarse en el marco de estas estrategias legales indirectas o “procedimentales”, las que procuran el acceso y la producción de información pública tienen un lugar relevante.<sup>42</sup> El derecho a la información constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas en el área económica y social, al tiempo que contribuye a la vigilancia por parte del propio Estado del grado de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado debe disponer de los medios necesarios para garantizar el acceso en condiciones de igualdad a la información pública. Específicamente, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado debe producir y poner a disposición de los ciudadanos, como mínimo, información sobre: (a) el estado de la situación de las diferentes áreas concernidas, en especial cuando su descripción requiera de mediciones expresadas mediante indicadores, y (b) el contenido de las políticas públicas desarrolladas o proyectadas, con expresa mención de sus fundamentos, objetivos, plazos de realización y recursos involucrados. Las acciones de acceso a la información suelen actuar como vías legales que sostienen el trabajo de monitoreo de políticas sociales y la documentación de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>43</sup>

Lo que caracteriza a estas acciones indirectas o complementarias es que las vías judiciales, lejos de ser el centro de la estrategia de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, sirven para apuntalar el resto de las acciones políticas que se emprenden para canalizar las demandas de derechos en el marco de un conflicto colectivo, ya sea que se trate de reclamos directos a la administración, o del desarrollo de vías de negociación, o incluso de cabildeo sobre los funcionarios, el Congreso o empresas privadas. Nuevamente queda claro que no hay opciones excluyentes y que las herramientas legales pueden potenciar el trabajo de incidencia política.

## NOTAS

1. Véase F. Hayek, 1976, vol. 2, cap. 9.
2. Otro intento de diferenciación consiste en vincular un tipo específico de obligación de los Estados como correlato de cada categoría de derechos. Así, para algunos autores, mientras que a los derechos civiles y políticos corresponden obligaciones de resultado, a los derechos económicos, sociales y culturales corresponden tan solo obligaciones de conducta. Para mayor profundización, consultar R. Garretón Merino, 1996, p. 59; y Pedro Nikken, 1994. Asimismo, véase A. Eide, 1993, pp. 187-219. En contra, G. H. J. van Hoof, 1984, pp. 97-110; y P. Alston, 1991. Como veremos, más allá de la posibilidad de sostener la distinción, ella resulta poco relevante para diferenciar los derechos civiles y políticos de los económicos, sociales y culturales.
3. Carlos Nino (1993, p. 17) califica a esta posición de "liberalismo conservador", aunque aclara que es "más conservador[la] que liberal".
4. Cfr. al respecto A. Smith, 1937; L. Billet, 1975, pp. 430 y ss.; B. de Sousa Santos, 1991, pp. 175-178.
5. Véase van Hoof, pp. 97 y ss.
6. Cfr. al respecto la opinión de Nino, pp. 11-17. En clave económica, el argumento es la tesis central de S. Holmes y C. R. Sunstein, 1999. Véase también R. Bin, 2000; y R. Plant, 1992.
7. Cfr. F. Contreras Peláez, 1994, p. 21: "No existen, en resumen, obligaciones 'negativas' puras (o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos".
8. Cfr. Contreras Peláez, op. cit., pp. 17-20. Véase además B. de Castro, 1981, pp. 15-17.
9. Contreras Peláez, op. cit., p. 21.
10. Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Artículo 21.1: "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social". (Subrayado nuestro.)
11. Véase T. Bourgoignie, 1994.

12. Véase S. Felgueras, 1996.

13. Cfr. F. Ewald, 1985, Libro IV.2.

14. TEDH, caso López Ostra vs. España, A 303-C (1994). TEDH, caso Guerra y Otros vs. Italia, 19 de febrero de 1988.

15. Véase en la jurisprudencia europea el caso Osman vs. United Kingdom, sentencia del 28 de octubre de 1998, donde el TEDH estableció que entre esas obligaciones se encontraba el deber primario de garantizar la vida implementando una legislación penal efectiva para evitar la comisión de delitos contra las personas, y sosteniendo un sistema legal para la prevención y el castigo de las conductas criminales. Esto incluye, en determinadas circunstancias, la obligación positiva de adoptar medidas operativas para proteger a un individuo o individuos cuya vida está en riesgo por actos criminales de otros individuos. La gama de obligaciones positivas impuestas al Estado varía considerablemente. Así, por ejemplo, el deber del Estado de investigar oficialmente si un individuo ha sido muerto a raíz del uso de la fuerza se ha entendido también como una consecuencia del Artículo 2, leído junto con el deber general impuesto por el Artículo 1 de la Convención. Véase TEDH, *Mc Cann and Others vs. United Kingdom*, sentencia del 27 de septiembre de 1995; y *Kaya vs. Turkey*, sentencia del 19 de febrero de 1998. Más recientemente, en *Mahmut Kaya vs. Turkey*, sentencia del 28 de marzo del 2000, se establecieron deberes positivos con relación al derecho a la vida sobre la base del derecho a un recurso efectivo establecido en el Artículo 13 de la Convención.

16. La Corte Constitucional colombiana ha establecido que la aceptación de la tutela para los derechos económicos, sociales y culturales solo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental de acuerdo con los requisitos y criterios de distinción correspondientes. Véase C. Const., S. Primera de Rev. Sent T – 406, junio 5/92. Exp. T-778. M. P. Ciro Angarita Barón. Cfr. M. J. Cepeda Espinosa, "Derecho constitucional jurisprudencial", Bogotá, Legis, 2001.

17. Este fue el argumento utilizado por la peticionaria en el caso *Loverace vs. Canadá* (1981), Comunicación n. 24/1977. En este caso la actora pertenecía étnicamente al pueblo indígena Maliseet. Conforme a la legislación indígena y a las reglas fijadas por la propia comunidad indígena para el uso de la reserva de Tobique donde habitaba, las mujeres que contraían matrimonio con un no indígena perdían el derecho a habitar la reserva, aun cuando hubieran nacido en ella. La peticionaria, nacida en la reserva, se había casado con un no indígena y luego de divorciarse deseaba volver a vivir en la reserva como parte del pueblo Maliseet al que pertenecía. La comunidad le negaba ese derecho.

Con respaldo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la peticionaria alegaba que se violaba su derecho a participar de la cultura de la comunidad bajo el Artículo 27, pero también su derecho a fijar una residencia bajo el Artículo 12 y su derecho a la no injerencia en la vida privada y familiar bajo el Artículo 17, además del derecho a no ser discriminada por su género bajo el Artículo 26 del Pacto. En su alegato, que fue luego recogido por el Comité de Derechos Humanos (CDH), se ponía en evidencia la relación profunda entre la autonomía personal y el goce de los bienes culturales. La posibilidad de ese plan de vida estaba ligada al uso del territorio cultural, pues únicamente en la reserva existía la comunidad a la que ella sentía pertenecer. El CDH entendió que, en el caso, el Artículo 27 debía ser leído a la luz de los Artículos 12, 17 y 26, entre otros, y consideró que la legislación canadiense constituía una violación del Artículo 27 del Pacto.

**18.** Aun en este caso es posible señalar obligaciones negativas. De acuerdo con van Hoof, el Estado violaría el derecho a la vivienda si admitiera que las viviendas modestas pertenecientes a personas de bajos recursos fueran demolidas y reemplazadas por viviendas de lujo que estuvieran fuera del alcance económico de los habitantes originales, sin ofrecerles acceso a viviendas alternativas en términos razonables. Véase van Hoof, p. 99. Con más razón, el Estado debe abstenerse de realizar por sí mismo el desplazamiento en dichas condiciones. El ejemplo dista de ser teórico: cfr. las observaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el informe presentado por la República Dominicana (UN Doc. E/C.12/1994/15), puntos 11, 19 y 20 (citado por H. Steiner y P. Alston, 1996, p. 321).

**19.** Véase van Hoof, p. 99. La distinción fue sugerida originalmente por Henry Shue (1980). En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, la distinción fue asumida – con alguna corrección, que reduce la enumeración a tres categorías: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento – en los principales documentos interpretativos del PIDESC. Así, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG n. 3 (1990) “La Índole de las Obligaciones de los Estados-Partes – parágrafo 1 del Artículo 2 del Pacto”, OG n. 4 (1991) “El Derecho a la Vivienda Adecuada – parágrafo 1 del Artículo 11 del Pacto”, OG n. 5 (1994) “Personas con Discapacidad”, OG n. 6 (1995), “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad”; “Principios de Limburgo” (1986); “Principios de Maastricht” (1997); CIJ, “Declaración y Plan de Acción de Bangalore” (1995); Encuentro Latinoamericano de Organizaciones de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Declaración de Quito” (1998).

**20.** Cfr., en el mismo sentido, la opinión de R. Alexy (1993, pp. 419-501), que



aboga por una concepción amplia de las obligaciones positivas del Estado, o bien, de acuerdo con su denominación, "derechos a acciones positivas del Estado".

Estos incluirían los derechos de protección, los derechos a la organización y al procedimiento y los derechos a prestaciones en sentido estricto.

**21.** Alexy afirma que "una acción puede ser imposibilitada jurídicamente solo si es un acto jurídico. Actos jurídicos son acciones que no existirían sin las normas jurídicas que para ellas son constitutivas. Así, sin las normas del derecho contractual no sería posible el acto jurídico de la celebración de un contrato, sin el derecho de sociedades no sería posible el acto jurídico de fundación de sociedades [...]. El carácter constitutivo de las normas que las posibilitan caracteriza a estas acciones como acciones institucionales. Las acciones jurídicas institucionales son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas. Por lo tanto, entre la derogación de estas normas y la imposibilidad de las acciones institucionales existe una relación conceptual" (pp. 189-190). Nuestro argumento es aquí complementario al de Alexy: las "acciones jurídicas institucionales" no solo son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas sino también cuando no se las crea. Si la constitución o un pacto de derechos humanos establece derechos cuyo ejercicio depende conceptualmente de la creación de normas, esto implica la obligación estatal positiva de crear estas normas. Alexy (pp. 194-195) retoma el punto cuando trata los derechos a acciones positivas, donde distingue entre derecho a "acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas". Los derechos a acciones positivas normativas son "derechos a actos estatales de imposición de norma". (Subrayado nuestro.)

**22.** Cfr., al respecto, el voto separado del juez Piza Escalante, en la OC – 4/84, del 19 de enero de 1984, "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su punto 6: "[...] la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, 'exigibles directamente por sí mismos', y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, 'exigibles indirectamente', a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos u otros derechos son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse, en general, que cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho

fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva”.

23. Véase, al respecto, el lúcido análisis de J. R. de Lima Lopes, 1994.

24. Cfr., por ejemplo, Lon L. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, 92 *Harvard Law Review*, p. 353.

25. Cfr., por ejemplo, Cass R. Sunstein, “Response: From Theory to Practice”, 29 *Arizona State Law Journal*.

26. Una “laguna” que determina la falta de plenitud del sistema, de acuerdo con la terminología de Ferrajoli (1999, p. 24). El autor señala que “[...] hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos [los derechos sociales] nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado liberal, y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como ‘crisis de la capacidad regulativa del derecho’” (p. 30).

27. Ahora bien, la falta de mecanismos o garantías judiciales adecuadas no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales sino que – como se ha dicho – más bien exige imaginar y crear instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos. Parte de los avances del derecho procesal contemporáneo se dirigen a este objetivo: las nuevas perspectivas de la acción de amparo, las posibilidades de planteo de acciones de inconstitucionalidad, el desarrollo de la acción declarativa de certeza, las *class actions*, la acción civil pública y los *mandados de segurança* y *de injunção* brasileños, la legitimación del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos, son ejemplos de esa tendencia. Cabe agregar, además, que otra fuente de supuestas dificultades en la promoción de acciones que intentan poner de manifiesto el incumplimiento del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales radica justamente en los privilegios con que cuenta el Estado cuando es llevado a juicio, privilegios que no serían admisibles si se plantearan cuestiones similares entre particulares.

28. Véase la investigación de varios autores, “Análisis jurisprudencial. La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Pensamiento*

*Jurídico – Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*. Universidad Nacional de Colombia, n. 15, 2002, pp. 347-369.

**29.** Véase, al respecto, el Código Brasileño de Defensa del Consumidor, Artículo 81.

**30.** Para examinar casos relevantes en esta temática, puede consultarse las experiencias de Argentina, República Dominicana, Venezuela y Nicaragua en la investigación: "Los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable" (IIDH, 1999).

**31.** En su texto, "Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales" (inédito), Christian Courtis señala que la pregunta por la legitimidad de la actuación judicial no puede responderse en abstracto, tomando en consideración una o dos variables normativas, como el lugar de los tribunales en una "teoría pura" de la democracia o el origen no electivo de los jueces. La pregunta por la legitimidad requiere información empírica sobre el funcionamiento del sistema político, y el conocimiento concreto del contexto histórico en el cual se desempeñan los jueces. En este sentido, el análisis de la legitimidad de la actuación judicial supone la necesaria comparación con el análisis de la legitimidad de la actuación de los demás poderes.

**32.** Acerca de la legitimidad de un tribunal constitucional en un Estado social y democrático de derecho, para actuar en resguardo de las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes, que incluye la garantía de los derechos sociales fundamentales que aseguran la inserción en el proceso político, véase Jürgen Habermas, 1994, pp. 311 y ss. Sobre el rol de los jueces en un Estado constitucional y social de derecho puede verse, además, Ferrajoli (pp. 23-28). Otros autores han justificado una intervención judicial fuerte para resguardar de las mayorías los derechos de grupos sociales desaventajados; cfr. Owen Fiss, 1999, pp. 137-159.

**33.** Así ha ocurrido en los mencionados litigios de reforma estructural. Resulta útil remarcar en respuesta a las objeciones apuntadas sobre la incapacidad de la administración de justicia para resolver cuestiones técnicas, o las limitaciones del proceso judicial para tratar cuestiones complejas o con múltiples actores, que muchos analistas han valorizado el rol judicial de avanzar en el diseño de políticas y el cambio de prácticas institucionales ante la poca predisposición de la administración o de las legislaturas a reconocer y modificar sus políticas y acciones ilegales, lo que determinara la estricta necesidad de que la cuestión fuera abordada y resuelta por un tribunal imparcial e independiente. Véase, por ejemplo, William Wayne, "Two Faces of Judicial Activism", 61 *George Washington Law Review* 1 (1992).

**34.** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal,

Sala IV, caso *Viceconte, Mariela vs. Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo*, 2 de junio de 1998, *La Ley*, Suplemento de derecho constitucional, 5 de noviembre de 1998. El caso puede consultarse en la investigación de IIDH: “Los derechos económicos, sociales y culturales”, p. 81.

**35.** En estos casos la discusión entre derechos justiciables y actuación libre de las instancias políticas está limitada, pues la política actúa previamente a través del Congreso y en todo caso se auto limita al fijarse obligaciones legales en materia de política social. Acerca de la clásica discusión sobre la tensión entre democracia y derechos, con referencia a los derechos sociales justiciables, puede verse G. Pisarello, 2001, y también E. Rivera Ramos, 2001. Para una visión más general del debate suscitado en Reino Unido con la incorporación del estatuto de derechos humanos, y la consiguiente atribución de nuevos poderes a la justicia en detrimento del Parlamento, véase M. Loughlin, 2001.

**36.** Nos referimos a los casos en los que una norma legal impone la obligación de desarrollar procesos de producción de información y consulta – por ejemplo, con los beneficiarios – en la etapa de diseño o evaluación de una política social. Así, en el caso *Defensoría del Pueblo de la Ciudad vs. INSSJP*, el criterio para la anulación del proceso de privatización fue precisamente la falta de acceso a la información de los usuarios del sistema. De igual modo, en otros casos, la justicia contencioso administrativa argentina anuló ajustes de tarifas de servicios públicos por la ausencia de audiencia pública – entendida como oportunidad de consulta a los usuarios – previa a la adopción de la decisión.

**37.** Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00, *The Government of the Republic of South Africa and Others vs. Irene Grootboom and Others*.

**38.** CSJN, caso *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina vs. Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ recurso de hecho*, 24 de octubre de 2000.

**39.** En el caso *Asociación Benghalensis* un grupo de organizaciones defensoras de los derechos de los portadores de VIH-SIDA promovieron una acción de amparo colectivo que fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia argentina. La decisión obligaba al Poder Ejecutivo a dar cumplimiento con la ley de SIDA que establecía la obligación de suministro de medicamentos. Esa ley había sido dictada como resultado de una potente campaña de incidencia política, en parte impulsada por los mismos grupos y actores que se vieron luego obligados a impulsar la acción judicial para hacerla efectiva. También puede mencionarse los casos en que organizaciones de mujeres acudieron a los tribunales a exigir la implementación y cumplimiento de la legislación sobre salud reproductiva por la que habían peleado ante el Congreso.

**40.** Véase *Tarimiat, Firmes en nuestro territorio. FIPSE vs. Arco*. Quito: CDES, 2001. Disponible en <[http://www.infodesarrollo.org/archivos/6c70ae2fcdc4dc83dcd0aa5b37d87252/TARIMIAT\\_2DA\\_EDICION.pdf](http://www.infodesarrollo.org/archivos/6c70ae2fcdc4dc83dcd0aa5b37d87252/TARIMIAT_2DA_EDICION.pdf)>. Consultado el 7 de enero de 2005.

**41.** En un caso relativo a un acuerdo entre familias desalojadas y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, se demandó judicialmente el cumplimiento de las obligaciones estatales allí establecidas, que consistían en la construcción de viviendas en un terreno fiscal y la solución transitoria de las necesidades habitacionales del grupo, mientras se ejecutaban las obras. En esa acción, que era fundamentalmente de ejecución del convenio, se utilizaron los estándares constitucionales e internacionales sobre derecho a la vivienda para interpretar el alcance de la obligación del gobierno de dar una vivienda temporaria bajo determinadas características, lo que fue solicitado como medida cautelar. El juzgado hizo lugar al pedido y ordenó alojar a las familias en hoteles de la ciudad bajo determinados requisitos de habitabilidad. Si bien el acuerdo fue el resultado de la negociación y la presión política sobre el gobierno, el litigio apuntó a hacerlo efectivo y fijar el alcance legal de las obligaciones asumidas por el Estado. Véase *Agüero Aurelio Eduvigio y Otros vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo* (Artículo 14 CCABA), Exp. 4437/0. Resolución del 26 de febrero de 2002.

**42.** Al adoptar el PIDESC, el Estado se obliga a un relevamiento de información y a la formulación de un plan, como señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En algunas materias – tales como el derecho a la vivienda adecuada – se reconoce expresamente la obligación del Estado de implementar en forma inmediata una vigilancia eficaz de la situación de la vivienda en su jurisdicción, para lo cual debe realizar un relevamiento del problema y de los grupos que se encuentran en situación vulnerable o desventajosa – personas sin hogar y sus familias, personas alojadas inadecuadamente, personas que no tienen acceso a instalaciones básicas, personas que viven en asentamientos ilegales, personas sujetas a desahucios forzados y grupos de bajos ingresos (OG n. 4, punto 13). En relación con el derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita, aquellos Estados que no la hubieran implementado al momento de la ratificación asumen el compromiso de elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para su implementación progresiva (Artículo 14, PIDESC). Estas obligaciones de vigilancia, reunión de información y preparación de un plan de acción para la implementación progresiva son extensibles, como medidas inmediatas, al resto de los derechos consagrados en el Pacto (OG n. 1, puntos 3 y 4).

**43.** Véase V. Abramovich y C. Courtis, 2000.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. “El acceso a la información como derecho”. In: E. L. DUHALDE (ed.), *Anuario de Derecho a la Información* 1. Buenos Aires/Madrid, 2000.

\_\_\_\_\_. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALSTON, Philip “No Right to Complain about Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant”. In: A. EIDE y J. HELGESEN (eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World*. Oslo: Norwegian University Press, 1991

BILLET, L. “Political Order and Economic Development: Reflections on Adam Smith’s Wealth of Nations”. *Political Studies* 35, pp. 430 y ss, 1975.

BIN, R. “Diritti e fraintendimenti”. *Ragion Pratica* 14, pp. 14-25, 2000.

BOURGOIGNIE, T. *Elementos para una teoría del derecho del consumo*. Vitoria (España): Gobierno Basco, 1994.

CASTRO, B. de. “Los derechos sociales: análisis sistemático”. In: *Derechos económicos, sociales y culturales*, de Varios Autores. Murcia, 1981.

CONTRERAS PELÁEZ, Faustino. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994.

EIDE, A. “Future Protection of Economic and Social Rights in Europe”. In: A. BLOED et al. (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe: Comparing International Procedures and Mechanisms*. Dordrecht, Boston/Londres: Martinus Nijhoff, 1993.

EWALD, François. *L’Etat Providence*, Libro IV.2. París: Grasset, 1985.

FELGUERAS, S. *Derechos humanos y medio ambiente*. Buenos Aires: Editorial Argentina, 1996.

- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- FISS, O. “Grupos y cláusula de igual protección”. In: R. GARGARELLA (org.), *Derecho y grupos desaventajados*, pp. 137-159. Barcelona: Gedisa, 1999.
- GARRETÓN MERINO, R., “La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales”. In: *IIDH – Estudios Básicos de Derechos Humanos V*, p. 59. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”. In: *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1994.
- HAYEK, F. *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.
- HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. Nueva York: W.W. Norton, 1999.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito”. In: J. E. FARIA (org.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, pp. 114-138. São Paulo: Malheiros, 1994.
- LOUGHLIN, M. “Rights, Democracy, and Law”. In: T. CAMPBELL et al (orgs.), *Sceptical Essays on Human Rights*, pp. 41-60. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- NIKKEN, Pedro. “El concepto de derechos humanos”. In: *IIDH, Estudios Básicos de Derechos Humanos I*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.
- NINO, Carlos. “Los derechos sociales”. In: *Derecho y sociedad*. Buenos Aires, 1993.
- PISARELLO, G. “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”. In: M. CARBONELL et al. (orgs.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, pp. 113-138. México: Porrúa/UNAM, 2001.
- PLANT, R. “Citizenship, Rights and Welfare”. In: A. Coote (ed.), *The Welfare of Citizens. Developing New Social Rights*, pp. 15-29. Londres: Rives Oram Press, 1992.

- RIVERA RAMOS, E. “Los derechos y la democracia. ¿Conflicto o complementariedad?”. In: AAVV, *Los derechos fundamentales*, SELA, 2001. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. “Sobre los modos de producción del derecho y del poder social”. In: *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1991.
- SHUE, H. *Basic Rights, Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press, 1980.
- SMITH, Adam. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Nueva York: 1937.
- STEINER, Henry y ALSTON, Philip *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- SUNSTEIN, C. R. “Response: From Theory to Practice”. 29 *Arizona State Law Journal*, 1997.
- VAN HOOF, G. H. J. “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of some Traditional Views”. In: P. ALSTON y K. TOMAŠEVSKI (eds.), *The Right to Food*, pp. 97-110. Dordrecht: Nijhoff, 1984.