

2005
Número 3 • Año 2
Edición en Español

● **Caroline Dommen**

Comercio y derechos humanos: rumbo a la coherencia

● **Carlos M. Correa**

El Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a medicamentos en los países en desarrollo

● **Bernardo Sorj**

Seguridad, seguridad humana y América Latina

● **Alberto Bovino**

La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

● **Nico Horn**

Eddie Mabo y Namibia: reforma agraria y derechos precoloniales a la posesión de la tierra

● **Nlerum S. Okogbule**

El acceso a la justicia y la protección a los derechos humanos en Nigeria

● **María José Guembe**

La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina

● **José Ricardo Cunha**

Derechos humanos y justiciabilidad: una investigación en Rio de Janeiro

● **Louise Arbour**

Plan de acción presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos



SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos. Disponible en Internet en <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 Martín

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

COMITÉ EJECUTIVO

Andre Degenszajn

Daniela Ikawa

Juana Kweitel

Laura Mattar

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN

Elzira Arantes

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

COLABORACIONES

Ada Solari, Mirta Aprile, Noêmia de A. Ramos

DISTRIBUCIÓN

Camila Lissa Asano

Laura D. Mattar

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>

Internet <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 <www.surnet.org>

CONSEJO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro
Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa
Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj
Universidad Federal de Rio de Janeiro/Centro Edelstein (Brasil)

Bertrand Badie
Sciences-Po (Francia)

Cosmas Gitta
Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD (Estados Unidos)

Daniel Mato
Universidad Central de Venezuela (Venezuela)

Eduardo Bustelo Graffigna
Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)

Ellen Chapnick
Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés
Universidad de Maguncia (Alemania)

Fateh Azzam
Universidad Americana en El Cairo (Egipto)

Guy Haarscher
Universidad Libre de Bruselas (Bélgica)

Jeremy Sarkin
Universidad de Western Cape (Sudáfrica)

João Batista Costa Saraiva
Tribunal Regional de Niños y Adolescentes de Santo Ângelo/RS (Brasil)

Jorge Giannareas
Universidad de Panamá (Panamá)

José Reinaldo de Lima Lopes
Universidad de São Paulo (Brasil)

Julia Marton-Lefevre
Universidad para la Paz (Suiza)

Lucía Dammert
FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli
Universidad de Roma (Italia)

Luiz Eduardo Wanderley
Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

Malak Poppovic
Fundación de las Naciones Unidas (Brasil)

Maria Filomena Gregori
Universidad de Campinas (Brasil)

Maria Hermínia Tavares de Almeida
Universidad de São Paulo (Brasil)

Mario Gómez Jiménez
Fundación Restrepo Barco (Colombia)

Miguel Cillero
Universidad Diego Portales (Chile)

Milena Grillo
Fundación Paniamor (Costa Rica)

Mudar Kassis
Universidad Birzeit (Palestina)

Oscar Vilhena Vieira
Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas (Brasil)

Paul Chevigny
Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Philip Alston
Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.
Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios
Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman
Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Victor Abramovich
Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina)

Victor Topanou
Universidad Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand
Centro Irlandés de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Irlanda (Irlanda)

PRESENTACIÓN



Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos es una publicación semestral que presenta una perspectiva analítica y reflexiva sobre los derechos humanos en el contexto de los países del Hemisferio Sur. Con el objetivo de fortalecer el diálogo Sur-Sur y Sur-Norte entre activistas de derechos humanos, académicos y funcionarios de las Naciones Unidas, la revista promueve un debate crítico sobre diversos asuntos relacionados con el tema. Rompe consensos y abre espacios para el progreso de esta discusión. De esta manera, hace una invitación al disenso, en la convicción de que sólo después de un intenso intercambio de ideas se podrá establecer una doctrina de derechos humanos consistente.

Por estar convencidos de la importancia de una amplia divulgación de este debate, elaboramos la revista en tres idiomas (inglés, portugués y español). En sus dos primeras ediciones, 6 mil ejemplares fueron distribuidos en más de 100 países. Para ampliar el alcance de la publicación, ella se encuentra disponible íntegramente en el sitio <www.surjournal.org>, en los tres idiomas.

En esta edición se analizaron trabajos de trece países (Argentina, Brasil, Camerún, Chile, Estados Unidos, India, Irlanda, Namibia, Nigeria, Reino Unido, Suiza, Tanzania y Uganda). Tras la selección realizada por un Consejo Editorial Internacional, formado por profesores y especialistas en derechos humanos y por funcionarios de las Naciones Unidas, se publican en este número ocho artículos, uno de los cuales presenta los resultados de un proyecto de investigación. Los temas abordados son: seguridad y derechos humanos; comercio y derechos humanos; acceso a la justicia en los ámbitos nacional e internacional; y reforma agraria.

Dos de los artículos son colaboraciones de participantes del Grupo de Reflexión, organizado por **Sur** en abril de 2005, y versan sobre **comercio y derechos humanos**. Caroline Dommen discute mecanismos para lograr que los derechos humanos sean

respetados en los acuerdos comerciales. Carlos Correa describe los avances que tuvieron lugar en el proceso de flexibilización del Acuerdo ADPIC (más conocido por la sigla en inglés, TRIPS) para facilitar el acceso a medicamentos y muestra de qué manera la Declaración de Doha y la Decisión del Consejo de los ADPIC, de 2003, son insuficientes para garantizar la reducción de los precios y la negociación de licencias voluntarias.

Delineando un puente entre **seguridad y derechos humanos**, el artículo de Bernardo Sorj aborda el tema desde el punto de vista de los problemas latinoamericanos.

Cuatro artículos – de Alberto Bovino, Nlerum S. Okogbule, María José Gumbre y José Roberto Cunha – discuten diferentes aspectos del tema **acceso a la justicia**, en los ámbitos nacional e internacional. Desde una perspectiva internacional, Bovino estudia las peculiaridades de la valoración de la prueba por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacando la flexibilidad demostrada por este órgano jurisdiccional al apreciar graves violaciones de derechos. Okogbule evalúa los obstáculos específicos que dificultan el acceso a la justicia en el contexto de Nigeria. Gumbre analiza la decisión de la Corte Suprema de Argentina que juzgó inconstitucionales las leyes de amnistía en beneficio de los militares involucrados en violaciones a los derechos humanos durante la dictadura. Cunha presenta los resultados de la investigación realizada en Rio de Janeiro, Brasil, sobre el grado de familiaridad de los jueces con el derecho internacional en cuestiones relativas a los derechos humanos, así como el uso que hacen de ese conocimiento.

La reforma agraria en Namibia es el tema del texto de Nico Horn, que considera las implicaciones del proceso de colonización y del derecho consuetudinario.

Aunque muy diversos en sus temas y enfoques, todos los artículos tienen un punto de partida común – la contextualización de los derechos humanos – y buscan contribuir para la reconstrucción de estos derechos, teniendo en vista su implementación y la garantía de una mejor atención a las demandas locales y regionales.

Como cierre de esta edición presentamos el resumen del Plan de Acción de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos en que Louise Arbour propone mecanismos para aumentar la efectividad en la protección a los derechos humanos en los distintos países-miembros de las Naciones Unidas.

CONTENIDOS

CAROLINE DOMMEN	7	Comercio y derechos humanos: rumbo a la coherencia
CARLOS M. CORREA	27	El Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a medicamentos en los países en desarrollo
BERNARDO SORJ	41	Seguridad, seguridad humana y América Latina
ALBERTO BOVINO	61	La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos
NICO HORN	85	Eddie Mabo y Namibia: reforma agraria y derechos precoloniales a la posesión de la tierra
NLERUM S. OKOGBULE	101	El acceso a la justicia y la protección a los derechos humanos en Nigeria
MARÍA JOSÉ GUEMBE	121	La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina
JOSÉ RICARDO CUNHA	139	Derechos humanos y justiciabilidad: una investigación en Rio de Janeiro
LOUISE ARBOUR	173	Plan de acción presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

CAROLINE DOMMEN

Fundadora y directora del 3D → Trade – Human Rights – Equitable Economy, Ginebra, Suiza.
Máster en Derecho y Desarrollo por la Universidad de Londres.

RESUMEN

En este artículo se discuten las estrategias que pueden adoptar los activistas de derechos humanos para asegurar que el comercio y las normas comerciales promuevan, en lugar de debilitar, tales derechos. La autora concluye que un modo eficaz para que el comercio internacional sea respetuoso de los derechos humanos es buscar el diálogo con los responsables de esa política en los gobiernos nacionales, y demostrar que los derechos humanos pueden desempeñar un papel positivo en el sentido de garantizar un sistema de comercio internacional justo y democrático. También demuestra que los activistas que actúan en este campo comparten preocupaciones acerca de las transacciones comerciales con las organizaciones de desarrollo, defensores de los derechos de la mujer, ambientalistas y otros que ya actúan en el comercio; y sugiere que los defensores de los derechos humanos pueden demostrar, al recurrir a mecanismos relevantes de *accountability*, cómo pueden volver más equitativas las transacciones comerciales y más favorables a los derechos humanos. [Artículo original en inglés.]

PALABRAS CLAVES

Comercio – Derechos humanos – OMC – Desarrollo

COMERCIO Y DERECHOS HUMANOS: RUMBO A LA COHERENCIA

Caroline Dommen*

En los últimos años se han planteado muchos interrogantes sobre el papel de la liberalización del comercio en el fortalecimiento – o debilitamiento – de los derechos humanos y sobre la posibilidad de que los acuerdos comerciales hagan más (o no hagan nada) en pro de estos derechos.

Los planteos provienen de los más diversos sectores: los defensores de los derechos humanos quieren garantizar que el comercio y sus reglamentaciones no sean perjudiciales al goce de estos derechos (perspectiva de la “coherencia”); otros defienden el uso de sanciones comerciales como instrumento para asegurar el respeto al “contenido mínimo” de derechos humanos (perspectiva de la “condicionalidad”); los adeptos al libre comercio y los países en desarrollo temen que la aplicación de las normas de derechos humanos actúe contra el libre comercio, vulnerando así el bienestar económico; los desarrollistas, por su parte, ven en los “derechos humanos” un *slogan* útil.

Actores tan diversos ofrecen perspectivas muy distintas de lo que entienden por “comercio y derechos humanos”, y es por eso que existe una buena dosis de confusión en los debates acerca de estos temas.

En este artículo se abordan estrategias que los defensores de los derechos humanos pueden usar para garantizar que el comercio y sus reglamentaciones se desarrollen en función de promover y no de debilitar estos derechos. Después de examinar el contradictorio proceso de negociaciones comerciales en relación con los derechos humanos, se discute cómo la aplicación de normas comerciales

* La autora agradece a Juana Kweitel su colaboración en la preparación de este artículo, y expresa que es responsable de todas las opiniones vertidas en él y de posibles errores que puedan haber permanecido.

puede amenazar los derechos humanos. En este artículo se describen, entonces, algunas formas de garantizar que en el marco del comercio internacional se protejan y se promuevan los derechos humanos, y se advierte sobre ciertas iniciativas que pueden resultar contraproducentes.

Finalmente se muestra que un modo efectivo de conquistar el respeto por los derechos humanos en la política de comercio internacional (especialmente en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, OMC) consiste en aumentar el interés por los derechos humanos de los encargados de tales políticas a nivel nacional, demostrando el papel positivo que una actuación favorable a los derechos humanos puede desempeñar a fin de garantizar que se construya un sistema justo y democrático de intercambios internacionales.

Falta de transparencia y participación limitada: contradicciones de los derechos humanos

La política comercial es notoria por ser poco transparente y antidemocrática. La falta de transparencia y de participación, en sí misma, no necesariamente perjudica a los derechos humanos. Sin embargo, muchas veces lo hace. Esta también se opone de manera directa a principios de los derechos humanos como el derecho de toda persona a participar del gobierno de su país, expresado en el Artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el derecho de acceso a la información, previsto en el Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y el derecho de los ciudadanos a participar de la conducción de asuntos públicos, establecido por el Artículo 25 del PIDCP.

Aunque en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio el acceso a documentos y a reuniones haya mejorado, muchos documentos clave no se abren al público hasta que dejen de ser relevantes, si es que pueden hacerse públicos algún día. Por otro lado, los avances dentro de la organización multilateral han sido contrarrestados por el creciente número de negociaciones comerciales bilaterales, tan secretas que, en comparación, la OMC parece una organización transparente.

En realidad, las negociaciones comerciales bilaterales casi siempre transcurren a espaldas del público y suelen evolucionar con tal rapidez que se hace imposible para los representantes de entidades de la sociedad civil – o a veces hasta para ministros de Estado que no estén participando de la negociación – discutir las minutas, o contribuir con el conocimiento que estos tienen en las áreas específicas implicadas. Se puede ver un ejemplo de esto en Tailandia. Como informa el grupo local Free Trade Agreements Watch (FTA Watch), en las negociaciones bilaterales entre este país y los Estados Unidos, este último impuso verbalmente al gobierno tailandés que el proceso fuera

mantenido en secreto.¹ El mismo gobierno de Tailandia firmó otro acuerdo comercial (con Australia) sin participación del Parlamento y sin revelar al pueblo el contenido del acuerdo antes de la conclusión del pacto que, incluso, fue divulgado solo en inglés.

Además de contrariar los patrones internacionales de derechos humanos antes mencionados, esto también contradice la Constitución tailandesa, que promueve la participación pública en la toma de decisiones políticas y en el monitoreo del ejercicio del poder por parte del Estado;² se opone asimismo a las normas comerciales de los Estados Unidos destinadas a obtener mayor transparencia en el proceso de negociación. Situaciones de este tipo se repiten en innumerables acuerdos comerciales bilaterales entre países industrializados y países en desarrollo.³

Esa falta de transparencia favorece resultados que contrarían los derechos humanos. En muchos casos se atribuye un papel más importante a los grupos empresariales que a los grupos de interés público, en la medida en que los gobiernos tienden a consultar al medio empresarial y a beneficiarlo en detrimento de la sociedad civil.⁴ Por ejemplo, los intereses de Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA)* están reflejados en casi todos los acuerdos comerciales bilaterales firmados recientemente por los Estados Unidos,⁵ lo que termina por dejar fuera del alcance de muchos los

* Asociación de Fabricantes de Medicamentos y de Investigación Farmacéutica de los Estados Unidos. [NT]

1. Véase "Thailand's Free Trade Agreements and Human Rights Obligations" (FTA Watch Thailand, marzo de 2005). Disponible en <www.ftawatch.org/autopage1/show_page.php?t=21&s_id=8&d_id=8>. Consultado el 8 de agosto de 2005.

2. La Sección 76 de la Constitución de Tailandia dice: "El Estado promoverá e incentivará la participación pública en las políticas de planeamiento, en la toma de decisiones sobre cuestiones políticas, en la preparación de planes de desarrollo económico, social y político y en la fiscalización del ejercicio de poder estatal".

3. Bipartisan Trade Authority Bill (Sección 2102 b.5, 2002).

4. Para una discusión sobre la representación de intereses empresariales en la OMC, véase C. Dommen, "The WTO, International Trade, and Human Rights", en: Windfuhr (ed.), *Beyond the Nation State – Human Rights in Times of Globalization* (Global Publications Foundation, 2005). Disponible en <www.3dthree.org/en/page.php?IDpage=13&IDcat=5>. Consultado el 6 de septiembre de 2005.

5. Véase M. Asif Ismail, "Exporting Prices, Drug Makers' Trade Group Makes the Industry's Priorities US Trade Policy" (Washington DC, Center for Public Integrity, julio de 2005). Disponible en <www.bilaterals.org/article.php3?id_article=2233>. Consultado el 8 de agosto de 2005.

medicamentos disponibles en el mercado, contrariando el principio del derecho a la salud, de facilitar el acceso a los medicamentos.⁶

Además, una mayor transparencia en las negociaciones podría promover la *accountability* requerida para ayudar a los países en desarrollo a realizar acuerdos comerciales más favorables, que den atención a las necesidades de los sectores más vulnerables de su población y sean compatibles con los principios de derechos humanos. Este es particularmente el caso de las negociaciones comerciales bilaterales con un significativo desequilibrio de poder, en las que los países en desarrollo muchas veces se ven presionados a firmar acuerdos que no atienden a sus intereses.

Incluso en la Organización Mundial del Comercio, en la que la amplia participación de los países en desarrollo ayuda a los miembros económicamente más débiles a negociar en conjunto y a resistir presiones, los países en desarrollo tienen dificultades en hacer que sus intereses sean tomados en consideración. En teoría, la OMC es democrática, pues los votos de todos los miembros son iguales. Pero en la realidad no es fácil la participación igualitaria de los países en desarrollo.⁷ Uno de los motivos es la falta de recursos. Muchos de los países más pobres ni siquiera logran tener representantes en la OMC, en Ginebra. Otros cuentan solo con un delegado a tiempo parcial para cubrir toda la amplitud de los temas discutidos en ese organismo y con un pequeño cuerpo de funcionarios dedicado a la política comercial en sus propias capitales. En contraposición, Japón tiene 23 delegados en la OMC, en Ginebra, y los Estados Unidos tienen 14, así como también grandes y bien equipadas oficinas comerciales en Tokio y en Washington, respectivamente.⁸

Se suma a ello que los países pobres suelen ser obligados a hacer concesiones para poder negociar con los más ricos. Así, en la práctica, las nuevas normas comerciales tienden a beneficiar a los ricos y no reflejan necesariamente los intereses de largo plazo

6. Véase el comunicado de prensa de las Naciones Unidas, "US-Peru Trade Pact Negotiations: Special Rapporteur on Right to Health Reminds Parties of Human Rights Obligations" (julio de 2005). Disponible en <www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/502C4F87F9FF119BC125703D00396440?opendocument>. Consultado el 8 de agosto de 2005. Para una discusión de los beneficios y las desventajas de los acuerdos comerciales bilaterales, enfocando el impacto de las leyes de propiedad intelectual en el acceso a medicamentos, véase Hamed El-Said y Mohammed El-Said, "TRIPS, Bilateralism, Multilateralism & Implications for Developing Countries: Jordan's Drug Sector" (*Manchester Journal of International Economic Law*, abril de 2005) Disponible en <www.bilaterals.org/article.php3?id_article=2192>. Consultado el 8 de agosto de 2005.

7. Un estudio de 1998 demostró que de los 97 países en desarrollo que eran miembros de la OMC, 56 no participaban efectivamente de sus acciones. Véase Constantine Michalopoulos, "The Participation of the Developing Countries in the WTO" (informe de investigación sobre la política del Banco Mundial, 1998).

8. Véase Fatoumata Jawara y Aileen Kwa, *Behind the Scenes at the WTO – The Real World of International Trade Negotiations* (Londres y Nueva York: Zed Books, 2003).

de los países más pobres y de sus ciudadanos. Incluso defensores férreos de la OMC admiten que, en el proceso en que fue creado este organismo, los países en desarrollo asumieron muchas más obligaciones que los desarrollados.⁹ En lo sucesivo, estos últimos manifestaron poca voluntad política al tratar puntos caros a los países en desarrollo. Esto se exagera por el hecho de que el Secretariado de la OMC, supuestamente neutral, en general actúa en el sentido de apoyar lo que los países industrializados quieren, en detrimento de los demás. En junio de 2005, por ejemplo, tanto el Secretariado de la OMC como el presidente de las negociaciones de servicios se opusieron fuertemente a las propuestas presentadas por varios países en desarrollo.¹⁰

Aunque los países en desarrollo en los últimos años hayan aumentado su fuerza conjunta en la Organización Mundial del Comercio y obtenido algunas victorias, tanto en términos de resultados como de procedimientos, existe otra cara de esa victoria. A medida que los países en desarrollo pasaron a tener una participación más significativa en los trabajos de la entidad y a tener sus intereses llevados en cuenta, surgió un movimiento que aleja de Ginebra la toma de decisiones comerciales, yendo hacia algo como las llamadas reuniones “microejecutivas” de la OMC: encuentros extraoficiales promovidos por un miembro de la Organización que desempeña un papel crucial en la determinación del resultado de las negociaciones. En general, solo los ministros de algunos países selectos son invitados a tales reuniones, en las que las economías más poderosas tienen un papel desproporcionado.

Tanto más preocupante es el hecho de que las decisiones comerciales se vengán tomando en acuerdos regionales o bilaterales. Este alejamiento del multilateralismo y del escrutinio público despierta las más significativas inquietudes en relación con los derechos humanos, como las que se describen en este artículo.

El pasaje de un foro multilateral único hacia una infinidad de negociaciones bilaterales es un motivo importante para buscar responsabilizar a los gobiernos nacionales por sus posiciones en la política comercial, exigiendo, por ejemplo, que hagan públicas todas las posiciones adoptadas en las negociaciones comerciales y garanticen estar conscientes de las implicaciones de sus propuestas en la vigencia de los derechos humanos.

Injerencias nacionales de la OMC: restricción del espacio político

Las normas de la Organización Mundial del Comercio afectan a los derechos humanos principalmente al restringir la capacidad de los gobiernos de reglamentar o tomar otras medidas para promover el respeto a estos derechos en sus países. En realidad, al

9. Jeffrey Schott, “WTO 2000: Setting the Course for World Trade” (1998).

10. Alexandra Strickner y Carin Smaller, “Formula One Racing: Who’s Going to Win the Grand Prix?” (IATP/TIP Geneva Update, junio de 2005).

promover el “libre comercio”, tanto los acuerdos de la OMC como los bilaterales buscan suprimir toda posible interferencia de reglamentación en la libre circulación de bienes y servicios, limitando así la capacidad de los gobiernos para adoptar reglas favorables al desarrollo, a la protección ambiental y a la defensa de los sectores vulnerables de la sociedad. Esto ha causado inquietudes en relación con factores esenciales para la subsistencia, tales como la alimentación y la salud,¹¹ y con el suministro de servicios básicos como educación, salud o abastecimiento de agua.¹²

La lista de casos en los que las reglas comerciales de la OMC y otras similares han perjudicado el goce de los derechos a la alimentación, la salud, la educación, la vivienda y otros derechos sería larga. Además, muchos de esos casos no se divulgan al público o permanecen ligados de forma compleja a distintos aspectos de la política económica, lo que hace que sea difícil para la población distinguir el papel de los acuerdos comerciales. Este artículo se centra en un campo en el que las reglamentaciones impuestas por la OMC pueden restringir la capacidad de los países de tomar medidas que favorezcan los derechos humanos: las normas relativas al comercio de servicios.

La liberalización comercial en el sector de servicios y el deber regulador de los gobiernos¹³

La efectivización de los derechos humanos requiere políticas nacionales eficaces. Tales políticas no son las mismas para todos los países; no existe una solución única para todas las situaciones. Los gobiernos necesitan tener su espacio de reglamentación y flexibilidad para crear políticas normativas adecuadas a las necesidades y especificidades del país, de la sociedad y del derecho humano en cuestión. Las normas internacionales y las negociaciones que involucran la liberalización comercial en el sector de servicios amenazan limitar el espacio político y la flexibilidad de los gobiernos. Aunque los servicios estén contemplados en la mayoría de los acuerdos

11. Véase una discusión sobre la liberalización del comercio agrícola en relación con los derechos humanos en 3D e IATP, “Planting the Rights Seed – A Human Rights Perspective on Agriculture Trade and the WTO” (2005). Disponible en <www.3dthree.org/en/page.php?IDpage=38&IDcat=5>. Consultado el 7 de septiembre de 2005.

12. Véanse también C. Dommen, “Raising Human Rights Concerns in the World Trade Organization – Actors, Processes and Possible Strategies” (*Human Rights Quarterly*, v. 24, pp. 1-50, 2002); y OHCHR, “Human Rights and Trade” (informe presentado a la 5ª Conferencia Ministerial de la OMC en Cancún, 2003). Disponible en <www.unhchr.ch/html/menu2/trade/index.htm>. Consultado el 7 de septiembre de 2005.

13. Para una discusión más detallada sobre la interferencia de las normas de liberalización comercial del sector de servicios en los derechos humanos, véase 3D y Forum-Asia, “Practical Guide to the WTO for Human Rights Advocates” (2004). Disponible en <www.3dthree.org/en/complement.php?IDcomplement=36>. Consultado el 7 de septiembre de 2005.

comerciales bilaterales, el marco global sigue siendo la OMC. Por eso daremos prioridad aquí a la liberalización comercial de los servicios en el marco de la OMC.

Un servicio es el resultado de una actividad humana que no genera un bien tangible. Liberalizar significa permitir la competencia entre proveedores nacionales y extranjeros en la prestación de tales servicios. El alcance de la liberalización comercial de los servicios en el ámbito de la OMC y de otros acuerdos comerciales es enorme, y va desde la contabilidad y la propaganda hasta las telecomunicaciones, el turismo y el transporte. Tal liberalización puede interferir, como ya ha ocurrido, en el acceso a servicios básicos – y por lo tanto en los derechos humanos – como en el campo de la educación, de la salud, de la seguridad en el trabajo o del acceso al agua. Sin embargo, las reglas de esta liberalización pueden ir más lejos en el ámbito de reglamentación de un gobierno y afectar los derechos humanos, como demuestra el caso United States–Gambling, que discutiremos más adelante.

La Organización Mundial del Comercio no impone la privatización ni la desregulación de servicios, tampoco requiere que cualquier país abra determinado sector de servicios a la competencia internacional. Entonces ¿por qué se responsabiliza a la OMC de las cuestiones de derechos humanos surgidas a partir de la liberalización de los servicios? Para responder a esta pregunta, este artículo examinará algunas dimensiones de los derechos humanos bajo tres aspectos: privatización, desregulación y servicios protegidos.

Los servicios fueron introducidos en el sistema de comercio multilateral a fines de la década de 1980, y en 1995 se adoptó el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (conocido por su sigla en inglés, GATS, de General Agreement on Trade in Services) como parte integrante del Acuerdo de la OMC. Los esfuerzos de la OMC para liberalizar el comercio de servicios son parte de una amplia tendencia global en el sentido de incrementar la participación del sector privado (y, en forma creciente, la entrada de grandes y poderosas corporaciones multinacionales) en la realización de funciones propias del Estado, generando la competencia en campos en los cuales la prestación de servicios cabía hasta entonces al gobierno.

La liberalización no requiere de forma explícita la privatización de determinado sector de servicios. En la práctica, sin embargo, en la medida en que hace posible la competencia, termina por implicar la erradicación de monopolios, incluso de los monopolios públicos. Este proceso suele equivaler a la privatización. De este modo, en la vida real hay nítidos vínculos entre liberalizar y privatizar, pero los acuerdos internacionales de comercio, incluidos los de la OMC, evitan dar una preferencia explícita al suministro privado de servicios en detrimento del público.

En algunos sectores, como el de telecomunicaciones en Asia, hubo una mejora sustancial tras la privatización y la liberalización: la calidad y los servicios disponibles aumentaron y bajaron de precio. En otros, sin embargo, el sistema creado ofreció a los que pueden pagar un servicio de alta calidad, mientras que para los pobres restó un servicio precariamente subsidiado por el gobierno. Hubo situaciones en las que

la privatización retiró determinados servicios que estaban al alcance de los sectores más pobres de la sociedad: en Ghana, por ejemplo, incluso el precio del agua – que el gobierno y el Banco Mundial consideran abajo del precio de mercado – está fuera de las posibilidades de la mayoría de las familias. En realidad, como el sector privado se guía por objetivos comerciales y de lucro, la competencia privada en servicios básicos no es el medio más eficaz de asegurar el acceso universal a servicios que son esenciales, pero no lucrativos.

La legislación de derechos humanos no obliga a los Estados a ser los únicos proveedores de servicios esenciales. Sin embargo, exige que los Estados garanticen el suministro de servicios esenciales, sobre todo para los pobres, vulnerables y marginados. La creciente oferta de servicios diferenciados para distintos sectores de la población constituye una discriminación *de facto* contra los sectores más vulnerables o marginados que es contraria a los derechos humanos. En realidad, el principio de no discriminación, central en la legislación de estos derechos, prohíbe la discriminación basada en la capacidad de pagar por los servicios básicos.

Además de crear obstáculos para el acceso a servicios esenciales, la privatización y la liberalización pueden hacer más difícil la reglamentación por parte de los gobiernos. En términos de derechos humanos, reglamentar es no solo una necesidad sino también un **deber**. De hecho, la legislación relativa a los derechos humanos exige que los Estados asuman medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales, entre otras, adecuadas al cumplimiento de tales derechos.

Al igual que otras normas comerciales, las del sector de servicios procuran eliminar obstáculos para el comercio, lo que incluye posibles interferencias reguladoras. Mientras que las barreras al comercio de bienes se imponen en las fronteras nacionales (por ejemplo, mediante aranceles), las barreras al comercio de servicios son más complejas. Además, las barreras al comercio de servicios frecuentemente afectan áreas cruciales de la reglamentación doméstica, tales como los criterios para el otorgamiento de licencias (por ejemplo, licencia para el establecimiento de clínicas y laboratorios, o concesiones para el manejo de residuos), patrones profesionales mínimos o subsidios para proveedores de servicios extranjeros.

Hay un aspecto práctico y otro legal en las dificultades de los gobiernos para reglamentar los asuntos de interés público y así cumplir su papel de principal responsable de los derechos humanos. La dimensión práctica se relaciona con las dificultades para establecer reglas para un sector privado cada vez mayor y más poderoso. En el sector de la salud, por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio ha dado a entender que las empresas privadas pueden subvertir los sistemas de salud por medio de presiones políticas y de la “apropiación reguladora”, o sea, mediante la cooptación de agentes reguladores para que actúen a su favor. Cuando el prestador de servicios es extranjero, es todavía más difícil para los gobiernos imponer condiciones, especialmente cuando el Estado quiere atraer inversiones extranjeras.

El aspecto legal se refiere a las reglamentaciones que serán autorizadas por el

Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS). Aunque el GATS reconozca el derecho de los miembros de la OMC a “regular e introducir nuevos reglamentos sobre el suministro de servicios dentro de sus territorios para que cumplan con sus metas políticas”, establece ciertos límites y puede así desafiar las prerrogativas reguladoras nacionales.

Una reciente decisión judicial del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC planteó importantes cuestiones al respecto en el caso *United States–Gambling*.¹⁴ Antigua y Barbuda presentaron al sistema de solución de diferencias de la OMC una objeción a la prohibición estadounidense del juego vía Internet, alegando que era una violación de los compromisos firmados por los Estados Unidos en el GATS. El Órgano de Solución de Diferencias estableció que, en el caso del juego en Internet, la prohibición estadounidense está justificada por la excepción de la “moralidad pública” del GATS, que posibilita a los países derogar cláusulas del Acuerdo. Los defensores de los derechos humanos pueden ver en esa decisión un incentivo para que otros países, en el futuro, deroguen obligaciones impuestas por el GATS en apoyo a objetivos de interés público reconocidos por el propio Acuerdo.¹⁵

No obstante, las preocupaciones persisten. Una de ellas, muy significativa, se refiere al riesgo de que la amplia interpretación del Órgano de Solución de Diferencias en lo que atañe a las restricciones prohibidas en el ámbito del GATS amenace la validez de muchas reglamentaciones domésticas sobre servicios hasta ahora consideradas lícitas.¹⁶

Otra cuestión reside en las determinaciones de los acuerdos bilaterales referidos a servicios. El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Centroamérica (conocido como CAFTA, por su sigla en inglés), recién concluido entre los Estados Unidos y varios países centroamericanos, incluye cláusulas que permiten a los inversionistas extranjeros contestar medidas gubernamentales incompatibles con el tratado. El CAFTA no contiene una excepción similar a la de la “moralidad pública” del GATS, y de este modo una empresa centroamericana puede tener éxito al efectuar una objeción legal para derribar medidas de interés público,

14. “United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (Complaint Brought by Antigua and Barbuda)”. Informe al Órgano de Solución de Diferencias, WT/DS285/AB/R, emitido el 7 de abril de 2005.

15. Esto incluye las medidas necesarias para proteger la moralidad pública o para mantener el orden público; o necesarias para proteger la vida y el bienestar animal o vegetal. Véase GATS, Artículo XIV: Excepciones Generales.

16. Joost Pauwelyn, “WTO Softens Earlier Condemnation of US Ban on Internet Gambling, but Confirms Broad Reach into Sensitive Domestic Regulation” (abril de 2005). Disponible en <www.asil.org/insights/2005/04/insights050412.html>. Consultado el 8 de agosto de 2005.

como la de la prohibición al juego en Internet por parte de los Estados Unidos.¹⁷

Un aspecto específico de las preocupaciones concernientes a los derechos humanos en el GATS está relacionado con los servicios públicos. No hay certezas respecto de la legitimidad de la reglamentación gubernamental en esta área, que incluye servicios básicos; tampoco queda claro si está o no dentro del ámbito de actuación del GATS (lo que significaría que las reglamentaciones gubernamentales, incluso las destinadas al cumplimiento de los derechos humanos, tales como subsidios a los proveedores del gobierno, podrían ser prohibidas). De hecho, las reglamentaciones nacionales están sujetas a las obligaciones generales del GATS, lo que incluye la prohibición de discriminar entre proveedores de servicios de diferentes países.

Supongamos que el gobierno de un país miembro de la OMC (país A) no haya asumido compromisos para liberalizar el comercio de servicios educacionales y administre la mayoría de las escuelas, aunque disponga también de enseñanza privada. Ante la falta de profesores en las escuelas públicas y el impacto adverso de esta carencia sobre el derecho a la educación, el país A decide firmar un acuerdo bilateral con el país B para permitir que los profesores del país B soliciten la anulación de los requisitos para la inmigración y puedan ejercer en el país A. A pesar de que el país A no tenga compromisos en el campo de la educación, el acuerdo con B puede ser considerado una violación al principio de no discriminación del GATS, por dar trato favorable a los proveedores de servicio del país B en detrimento del país C. Pero la preferencia concedida a B puede representar un genuino propósito de política pública si la lengua hablada en el país B es la misma del país A, o si ambos comparten una identidad cultural e histórica mayor que A con C.

Sin embargo, en este escenario, si los servicios de educación no se encuadraran en el GATS, no habría violación alguna. El motivo de esta duda en torno al encuadramiento en el GATS de servicios públicos como la educación, entre otros, deriva del hecho de que el Acuerdo no se aplica a “servicios prestados en el ejercicio de la autoridad gubernamental”. El GATS define esto como “todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios”; pero el verdadero alcance de este dispositivo no queda claro para nadie, ni aun para los principales especialistas mundiales en el GATS. De hecho, el creciente suministro de servicios por parte del gobierno con bases comerciales ha desafiado las distinciones claras entre prestación de servicios gubernamentales y no gubernamentales.

Otro modo por el cual el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios puede reducir la flexibilidad de un país adoptar reglamentaciones para proteger el interés público es por medio de la limitación de la capacidad gubernamental de

17. Peace through Interamerican Community Action (PICA), “CAFTA Jeopardizes Maine’s Gambling Regulations” (julio de 2005, archivo de la autora).

adoptar medidas económicas en favor de grupos desfavorecidos. La legislación sobre derechos humanos exige que los gobiernos tomen medidas para garantizar el goce de estos derechos a grupos particularmente vulnerables. En sus compromisos con el GATS, algunos gobiernos se protegen en relación con las medidas tomadas para este fin. Por ejemplo, por medio de sus obligaciones con el GATS, Nueva Zelanda se salvaguarda de “medidas actuales o futuras en los acuerdos principales y periféricos que concedan un tratamiento más favorable a una persona o a una organización maorí para adquirir, establecer u operar cualquier emprendimiento comercial o industrial”. Australia y Malasia actúan exactamente de la misma forma con sus pueblos nativos.

Los defensores del GATS se pueden apoyar en estos ejemplos para argumentar que este Acuerdo no restringe la capacidad de un gobierno para buscar objetivos de interés público, pues los países disponen de un amplio abanico de opciones para decidir qué sectores comerciales se deben comprometer con el GATS y cuáles quedarán exentos. Según argumentan, los países que necesitan exenciones de política social pueden construir el espacio político necesario para obtenerlas. Entretanto, si el país posee una política para propiciar que un grupo desfavorecido acceda a determinado servicio, pero no incluye esta medida como exención en el compromiso con el GATS, puede estar transgrediendo este Acuerdo; lo mismo sucederá con un país que introduzca políticas similares en el futuro. Además, la dinámica de la política, los desequilibrios de poder o simplemente la complejidad de las negociaciones comerciales a veces llevan a los países a hacer acuerdos en áreas en las cuales la liberalización o la desregulación van en contra de sus intereses nacionales. Y esto no afecta solo a los países pequeños: el caso United States–Gambling se basó en un compromiso asumido por los negociadores de los Estados Unidos, al parecer de forma errónea, y el equívoco permaneció diez años sin ser detectado hasta que fue cuestionado por Antigua y Barbuda en la OMC.

Esto nos remite a otro tema central en el GATS: su efecto “*lock-in*”. En la práctica, si el país asume un compromiso con el GATS no podrá cambiarlo en el futuro aunque, en circunstancias posteriores, ello se vuelva necesario. Desde el punto de vista técnico, es posible revertir ese compromiso, pero eso depende de la negociación de “compensaciones” con todos los países involucrados en la relación comercial, lo que puede representar un costo prohibitivo. Quiere decir que si hay eventos subsiguientes que revelan efectos económicos o sociales negativos, tal vez sea demasiado tarde para emprender una acción correctiva, y es limitado el radio de acción del gobierno para tomar medidas destinadas a un problema social que solo se manifestó después de establecido el compromiso con el GATS.

En resumen, parecería que la libertad de los gobiernos para crear sus reglas solo existe en la medida en que adopten reglamentaciones compatibles con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. La amenaza de ser llevado a un panel de solución de diferencias de la OMC, debido a una nueva reglamentación

que afecte a prestadores de servicios extranjeros, podría enfriar la disposición del gobierno para crear reglas destinadas a promover los derechos humanos o el interés público. Desde el punto de vista de la democracia y de la *accountability*, hay una preocupación adicional: en última instancia, el juicio sobre la compatibilidad de una reglamentación doméstica con el GATS no lo harán los gobiernos sino el panel de solución de diferencias de la OMC. Y la función de este panel es aplicar la legislación comercial, y no garantizar la protección del interés público en los países miembros de la OMC.

En este momento se encuentran en marcha negociaciones para liberalizar los servicios en el ámbito de la OMC, así como en los acuerdos bilaterales, y muchos países están siendo sometidos a considerables presiones para liberalizar más servicios, o para eliminar limitaciones en los compromisos ya existentes. Además, se insta a los países en desarrollo a asumir los compromisos de liberalización del GATS en un espectro tan amplio de sectores de servicio que se vuelven incapaces de analizar las potenciales pérdidas de beneficios implicadas en tal liberalización, sin hablar del acceso al mercado de servicios de los países industrializados.¹⁸

En la perspectiva de los derechos humanos, es importante que los países no se comprometan con nuevos sectores abordados por el GATS hasta que se pueda evaluar su efecto sobre estos derechos. El propio Acuerdo estipulaba que se debería llevar a cabo una evaluación amplia de los impactos de la liberalización comercial de servicios antes de 2000, pero este compromiso permanece incumplido, para disgusto de los países en desarrollo. Ministros de comercio africanos, por ejemplo, observaron en junio de 2003 que el “Consejo de Servicios no cumplió satisfactoriamente la exigencia de concluir la evaluación del comercio de servicios con arreglo a lo estipulado por el GATS”. Representantes de los países latinoamericanos y organizaciones no gubernamentales de todo el mundo han manifestado preocupaciones similares.

De una manera constructiva, los defensores de los derechos humanos unieron sus voces a las reivindicaciones por una evaluación del potencial y del impacto real de las políticas de servicios, considerando que estas son fundamentales para garantizar políticas y reglamentaciones más apropiadas al desarrollo y a los derechos humanos. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, por ejemplo, reconoció que cabe a los Estados la responsabilidad de evitar que los compromisos firmados en otras áreas, inclusive en el comercio, reduzcan su capacidad de establecer e implementar una política de desarrollo nacional. En un estudio detallado sobre los derechos humanos y la liberalización del comercio de servicios, el Alto Comisionado concluyó que los derechos humanos exigen un examen constante de la política y de la legislación del comercio, en la

18. Véase por ejemplo “Statement by Jamaica to the WTO Trade Negotiations Committee” (28 de julio de 2005, archivo de la autora).

medida en que estas afectan al goce de estos derechos, y que tal evaluación es el principal medio para evitar la implementación de cualquier medida regresiva que restrinja su ejercicio.¹⁹

En defensa de los derechos humanos en el comercio

Los defensores de los derechos humanos tienen una importante tarea por delante para garantizar que el comercio y sus normas respeten, promuevan y cumplan estos derechos. Esta sección señala algunos puntos que vale la pena tener en mente para asegurar el éxito de los esfuerzos para incorporar tales preceptos a los acuerdos comerciales.

En primer lugar, es esencial tener mucha claridad sobre lo que realmente queremos al hablar de incorporar los derechos humanos. Este artículo parte del presupuesto de que el deseo de sus defensores es que el comercio internacional y las normas comerciales, incluso las elaboradas y aplicadas por medio de la OMC, constituyan un apoyo, y no una amenaza a los derechos humanos. ¿Cuál es la mejor manera de lograrlo?

Algunos reivindican abolir la Organización Mundial del Comercio como solución para las políticas comerciales incompatibles con los derechos humanos. Otros bregan por añadir la expresión “derechos humanos” en los textos de la OMC y de otros tratados comerciales. Sostenemos aquí que esas reivindicaciones son erróneas, y que la mejor forma de asegurar que el comercio y las normas comerciales promuevan los derechos en cuestión es darles la mayor prioridad en el ámbito de la OMC; y de esta forma integrar temas como la no discriminación, el monitoreo, la participación democrática y *accountability* a cada etapa del proceso de elaboración y aplicación de la política comercial. Esta sección señalará, entonces, algunas formas eficaces de contribución por parte de los defensores de los derechos humanos, a partir de su propia experiencia, para apoyar los esfuerzos de promoción de un régimen comercial internacional más justo y compatible con los derechos humanos.

A menudo se acusa a la OMC de ser causa de injusticias económicas; no faltan ejemplos de normas y procedimientos injustos. Sin embargo, aun entre los críticos, hay diferencias categóricas de opinión sobre la posibilidad de abolir la OMC como solución del problema. Algunos argumentan que las fallas de la institución son tan profundas que inviabilizan una eventual reforma y que, por lo tanto, es necesario extinguirla. Otros, sin embargo, señalan la importancia de una estructura multilateral

19. Alto Comisionado de la ONU, Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, “Liberalization of Trade in Services and Human Rights – Report of the High Commissioner” (E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 junio de 2002). Disponible en <[www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2002.9.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2002.9.En?Opendocument)>. Consultado el 8 de agosto de 2005.

para el comercio internacional, ya que sólo una estructura multilateral puede ayudar a proteger las economías pequeñas ante las más fuertes.

De hecho, el proceso y el contenido de los acuerdos comerciales bilaterales y regionales han dejado vislumbrar cómo las normas comerciales externas a la estructura multilateral amenazan mucho más la equidad económica global y el goce de los derechos humanos que el sistema de la Organización Mundial del Comercio. El modo en que se negocian estos acuerdos es mucho más secreto, las disparidades de poder son más extremas y los resultados todavía menos equilibrados y más perjudiciales al interés público que los provenientes de la OMC. Como afirmó recientemente George Monbiot, un crítico abierto de la liberalización, lo “único peor que un mundo con normas de comercio internacional equivocadas es un mundo sin norma comercial alguna”.²⁰ Monbiot hace un llamado a que la OMC no sea desmantelada “sino transformada en una Organización del Comercio Justo, cuyo propósito sería contener a los ricos y al mismo tiempo emancipar a los pobres”.

Algunos han reivindicado la inclusión de las palabras “derechos humanos” en los textos de la OMC. Este es un camino peligroso, principalmente, por tres razones. Primero, la idea de tener como punto de partida “ninguna referencia explícita” en el debate entre derechos humanos y OMC ha sido usada para apoyar puntos de vista radicalmente opuestos. Quien no quiere ver tales derechos discutidos en el ámbito del organismo multilateral declara que, como los textos legales no se pronuncian sobre esta cuestión, la organización no tiene obligaciones o incumbencia relativas a ellos. Los que quieren que la entidad asuma obligaciones según principios de derechos humanos dicen que se debería incorporar a los textos un lenguaje explícito de derechos. Ambos parecen presumir que el único modo de responsabilizarla por los derechos humanos sería hacer una clara mención de ellos. La conclusión es que, sin la expresión “derechos humanos” explicitada en los textos, la OMC no tendrá mandato para su defensa.

Dadas las dificultades de los miembros de la OMC para entrar en acuerdo sobre las más sencillas cuestiones, cambiar sus textos legales requeriría mucho tiempo y mucha discusión. Esto se hace todavía más real si consideramos que, para muchos profesionales de la organización, las expresiones “derechos humanos” y “normas laborales” son equivalentes, y estos reaccionan tenazmente ante la idea de ampliar las incumbencias de la OMC en los dos casos. El segundo motivo que hace arriesgado incluir las palabras “derechos humanos” en los textos de la entidad es, pues, el tiempo que sería necesario para ello. Como el objetivo fundamental – y real – de operar con los derechos humanos en el ámbito de la OMC es asegurar un apoyo que no sea solo una fachada, haciendo que los actores económicos efectivamente los promuevan y protejan en sus negociaciones, no es bueno que los defensores de los derechos humanos dediquen su tiempo a reivindicar un cambio en los textos.

20. G. Monbiot, “I Was Wrong about Trade” (*The Guardian*, Reino Unido, 24 de junio de 2003). Disponible en <www.monbiot.com>. Consultado el 7 de septiembre de 2005.

Una tercera razón para pensar que el hecho de hacer explícita la expresión “derechos humanos” no producirá resultados satisfactorios se puede extraer de la experiencia del movimiento ambientalista. Las cuestiones ambientales comenzaron a ser discutidas con seriedad por la comunidad comercial internacional a principios de la década de 1990, lo que quiere decir que los activistas ambientales tienen diez años de ventaja en negociaciones de política comercial sobre los defensores de los derechos humanos. Las referencias al medio ambiente, aunque modestamente, ya estaban presentes en el Acuerdo de Marrakesh de 1995, que creó la OMC. En la época de la Reunión Ministerial de Doha, tales referencias eran frecuentes: la Declaración Ministerial de Doha contiene innumerables menciones al medio ambiente.

Sin embargo, casi ningún ambientalista está satisfecho con el compromiso formulado por los agentes comerciales, ni tampoco con el modo en que se conducen en la OMC las negociaciones sobre el medio ambiente. Es importante destacar que muchos ambientalistas hoy lamentan el hecho de que la inclusión formal de las cuestiones ambientales haya dado a la OMC un papel demasiado grande en la discusión del tema. Basados en esta experiencia, especialistas en comercio y medio ambiente aconsejan a los defensores de derechos humanos que se certifiquen de que cualquier reconocimiento de estos derechos y principios correlativos por parte de la entidad sea aislado de las normas del régimen comercial, a fin de evitar que se proporcione a la organización una autoridad excesiva en las cuestiones de derechos humanos.²¹ En una tendencia similar, otros grupos de interés público están buscando reducir el alcance de la OMC y limitar estrictamente sus actividades a la reglamentación de los aspectos técnicos del comercio.²²

Suponiendo que los defensores de la integración de los derechos humanos a las normas comerciales pretendan obtener del comercio y de sus reglas – incluso las creadas y aplicadas por intermedio de la OMC – más apoyo que amenazas, la discusión tratada aquí indica que su reivindicación sería mejor atendida si se aplican las herramientas de los derechos humanos a las políticas comerciales en el momento en que estas son creadas e implementadas, en vez de llevar los derechos humanos a la OMC.

Como ya comentamos, los procesos de reducción del espacio político para la reglamentación de interés público no se producen solo en la OMC, sino también en los acuerdos bilaterales, y en la forma en que los acuerdos comerciales se implementan en el ámbito nacional. Vimos también que, cuando las potencias

21. 3D → Trade – Human Rights – Equitable Economy and Rights & Democracy, “Towards Development: Human Rights and the WTO Agenda” (informe de un debate realizado durante la Conferencia Ministerial de la OMC en Cancún, septiembre de 2003). Disponible en <www.3dthree.org/en/page.php?IDpage=21&IDcat=5>. Consultado el 7 de septiembre de 2005.

22. Véase International Gender and Trade Network, “IGTN at Cancún”, que reivindica la reducción de la injerencia de la OMC a las cuestiones específicamente comerciales (2003). Disponible en <<http://www.igtn.org/page/404>>. Consultado el 7 de septiembre de 2005.

económicas – países o empresas privadas – no pueden alcanzar sus objetivos por medio de la OMC, se desplazan del foro multilateral hacia negociaciones regionales o bilaterales, donde pueden ejercer mayor presión y, frecuentemente, actuar de modo más reservado. Por esta razón se recomienda fijar la atención en el nivel nacional, que es el espacio en el que la política comercial se formula y aplica, aun cuando existan reglas establecidas en la OMC o en otras instancias.

Además, mientras se mantienen preocupados con la OMC, los defensores de los derechos humanos tienden a dejar en un segundo plano los mecanismos de derechos humanos. Sin embargo, las normas relativas a estos derechos y los mecanismos para su implementación conforman una base poderosa para asegurar que el comercio y los preceptos comerciales sean equitativos, trabajen por el bien del interés público y ofrezcan más apoyo que amenazas a los derechos humanos.

Paul Hunt, relator especial para el derecho a la salud de las Naciones Unidas, por ejemplo, ha señalado caminos para que los derechos humanos puedan desempeñar un papel positivo en la definición de políticas domésticas de comercio equitativas, atentas a las necesidades particulares de los más vulnerables y respetuosas de los derechos humanos. Hunt demostró cómo un análisis basado en el derecho a la salud permite, en relación con los medicamentos esenciales, ayudar a identificar intervenciones políticas precisas y prácticas para que el uso de remedios sea un beneficio garantizado por ese derecho. Esto implica, entre otras cosas, certificarse de que un determinado país disponga de una droga esencial. Con tal objetivo, un país en desarrollo podrá valerse de la flexibilidad existente en ciertas partes del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, conocido como TRIPS por su sigla en inglés) para asegurar la disponibilidad de versiones de bajo costo del medicamento en cuestión. Este debe ser **accesible** a todos dentro del país, sobre todo a los que viven en la pobreza. Tal vez sea necesaria cierta creatividad en los mecanismos de distribución (por ejemplo, motonetas para las enfermeras), y también puede necesitarse que el país evite imponer tasas de importación que hagan que el medicamento se vuelva inaccesible para los pobres. Finalmente, un medicamento esencial tiene que ser de **buena calidad**, lo que requiere como condición que el país tenga un sistema para monitorear y chequear su calidad.²³

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señala ciertas maneras de aplicar los derechos humanos en el contexto comercial. El informe de 2002 sobre el comercio de servicios, por ejemplo, afirma que el enfoque de derechos humanos en la apreciación del impacto de la liberalización del comercio de servicios introduce una metodología de evaluación que promueve la participación popular y la consulta a los afectados por la liberalización: pobres, personas que

23. Para un análisis más detallado, véase 3D -> Trade – Human Rights – Equitable Economy and Rights & Democracy (2003, op. cit.).

dependen del servicio público, pequeñas empresas y grupos industriales, así como los ministerios de las áreas social, comercial y de finanzas. El informe agrega que un enfoque de derechos humanos en esos análisis hace hincapié en la transparencia y en *accountability*, pues los resultados de las evaluaciones y de los procesos de negociación en foros comerciales quedan abiertos al escrutinio público.²⁴

Además, los defensores de los derechos humanos pueden dejar claro que son capaces de desempeñar un papel positivo participando de la elaboración y de la formulación de políticas comerciales a nivel doméstico. En algunos países ya ha habido intervenciones de coaliciones de grupos de la sociedad civil en la elaboración de políticas comerciales, pero – con excepción de los sindicatos – los grupos de derechos humanos raramente participan. Su participación en tales procesos no solo ampliaría el abanico de representaciones sino que también mejoraría el entendimiento entre los defensores de los derechos humanos que actúan en los asuntos de política comercial.

Incluso en relación con cuestiones comerciales más complejas, es posible adoptar medidas muy sencillas para contribuir con un enfoque de derechos humanos. Una de ellas sería consultar al Ministerio de Economía sobre cuáles son los procedimientos adoptados en las negociaciones comerciales a fin de evitar la pérdida de flexibilidad y espacio político en la adopción de medidas de protección a los derechos humanos. En el campo de la salud, por ejemplo, los defensores de los derechos humanos podrían preguntar a los funcionarios del sector comercial del gobierno si se certificaron de que las propuestas en áreas como la de la propiedad intelectual o la de servicios no amenacen el beneficio del derecho a la salud.

Si la información no es pública, o si los funcionarios demuestran desconocerla, los defensores de los derechos humanos pueden alertarlos sobre la obligación, en términos de derechos humanos, de permitir que las personas participen de la toma de decisiones en asuntos que les conciernen y que puedan hacer el monitoreo de la situación de esos derechos en su país. Podrán también recordarles a los responsables de la política comercial del gobierno su deber de asegurar la no discriminación en materia de derechos humanos. Esto implica que si una determinada política comercial discrimina a cierto sector de la población – y hay considerables evidencias de que la liberalización del comercio frecuentemente tiene efectos adversos sobre las mujeres²⁵ – esta será incompatible con las normas sobre derechos humanos. Como sostiene el

24. OHCHR (2003, op. cit.). El Grupo de Trabajo de la Comisión de los Derechos Humanos para el Derecho al Desarrollo también enfatizó la necesidad de introducir y fortalecer los patrones y principios de los derechos humanos al emprender evaluaciones sobre el impacto de políticas y normas de comercio y desarrollo. Véase "Right to Development", informe de la 6ª sesión del Grupo de Trabajo (2005), disponible en <www.ohchr.org/english/bodies/chr/docs/61chr/E.CN.4.2005.25.pdf>. Consultado el 8 de agosto de 2005.

25. Mariama Williams, *Gender Mainstreaming in the Multilateral Trading System – A Handbook for Policy-Makers and other Stakeholders* (Londres: Commonwealth Secretariat, 2003).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el respeto a la exigencia de los derechos humanos de evitar la discriminación no significa solo proteger a grupos e individuos de la discriminación más evidente, sino también impedir que determinados grupos e individuos sean excluidos del escenario comercial.²⁶

Recordarles a los responsables de la política comercial su obligación de reprimir la discriminación es también una forma de hacer explícito el *trade-off*. El conocimiento público de quién está siendo favorecido por una determinada política comercial es un requisito esencial para responsabilizar a los actores económicos – incluso los del sector privado – de sus acciones y de los posibles efectos sociales adversos derivados de los beneficios que ellos obtienen con determinada política comercial.

Como sostiene Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, aumentar la participación de las personas afectadas por una política comercial contribuye para que esta sea más transparente, responsable y receptiva a las necesidades de aquellos a los que afirma servir, así como más sostenible y más legítima.²⁷ La experiencia en muchos países lo confirma. En Uganda, por ejemplo, donde hay un proceso de participación de la sociedad civil en la formulación de las políticas comerciales, un funcionario del Ministerio de Economía afirmó recientemente que “los grupos desfavorecidos de este país, como los pequeños agricultores, son en última instancia los más afectados por las políticas comerciales y económicas. Con la participación constante de la sociedad civil en este proceso, mediante el establecimiento de posiciones nacionales y el respaldo de funcionarios del gobierno presentes en las negociaciones, la voz de estos grupos se hará oír”.²⁸

También se extiende el reconocimiento de que los países en desarrollo pueden, por medio de una participación más amplia de todos los interesados a nivel nacional, fortalecer su voz en las negociaciones comerciales internacionales y perfeccionar su capacidad de resistir a las presiones de los más poderosos – para que asuman en el área comercial compromisos perjudiciales a su desarrollo o al interés público. La experiencia de Kenya, por ejemplo, demostró que la influencia ejercida por la sociedad civil sobre el Ministerio de Economía permitió que el país estuviera apto para formular propuestas de negociación oportunas a la OMC, y así participar del proceso de forma significativa.

La estructura de los derechos humanos puede proporcionar un instrumento adicional de resistencia a las presiones para que se acepten normas comerciales que reducirían la flexibilidad y el espacio político que protegen el interés público y los derechos humanos. En realidad, los países en desarrollo podrían, en las negociaciones comerciales, usar sus obligaciones en derechos humanos como un escudo para evitar

26. OHCHR (2003, op. cit.).

27. 3D → Trade – Human Rights – Equitable Economy & Rights & Democracy (2003, op. cit.).

28. Apud David Ddamilura y Halima Noor Abdi, *Civil Society and the WTO: Participation in National Trade Policy Design in Uganda and Kenya* (Londres: Cafod Trade Justice Campaign, 2003).

asumir compromisos de liberalización comercial que reducirían su capacidad de proteger esos derechos. El Brasil lo hizo, a partir de 2001, cuando presentó una serie de resoluciones sobre el acceso a medicamentos ante la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estas resoluciones fueron parte de una exitosa estrategia global encabezada por el Brasil para obtener el reconocimiento del acceso a medicamentos como un derecho humano y apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo en la OMC para garantizar su derecho a producir medicamentos genéricos de bajo costo y ponerlos a disposición de la población.²⁹

Los defensores de los derechos humanos podrían hacer un mejor uso de los mecanismos internacionales, como los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, en apoyo a la acción nacional dirigida a la garantía de que tales derechos sean tomados en cuenta en las políticas del comercio internacional. A veces, los miembros de los órganos de supervisión plantean puntos relativos al comercio,³⁰ pero no de manera coordinada; y raramente como parte de una estrategia específica movida por el interés en integrar los derechos humanos a las políticas comerciales.

La falta de transparencia y participación en la política comercial es una preocupación compartida por las organizaciones de desarrollo como Focus on the Global South y Oxfam; grupos ambientalistas como el Center for International Environmental Law (CIEL); y grupos de mujeres como el International Gender and Trade Network (IGTN). Sin embargo, aunque muchas veces hagan referencia a los derechos humanos, pocos de hecho recurren al sistema específico para apoyar su actuación en relación con el comercio. Los defensores de los derechos humanos podrían hacer avanzar de manera significativa la agenda de interés público respecto del comercio, demostrando la especial utilidad del monitoreo internacional de estos derechos y de los mecanismos de *accountability* a otros activistas del interés público.

En realidad, los defensores de los derechos humanos comparten innumerables preocupaciones con otros defensores del interés público. Por ello, para que puedan asegurar la incorporación de los derechos humanos a la política comercial internacional, el mejor camino es llevar al conocimiento de otros activistas su fuerza y su habilidad, y promover la unión de los esfuerzos para lograr que el comercio internacional y sus normas – incluso las promovidas y aplicadas por la Organización Mundial del Comercio – representen un apoyo más que una amenaza a los derechos humanos.

29. Véase C. Dommen, "WTO and Human Rights Bodies Reach Out to Each Other", en: *Between Trade and Sustainable Development (Bridges 7:3*, abril de 2003). Disponible en <www.ictsd.org/monthly/archive.htm>. Consultado el 7 de septiembre de 2005.

30. Véase en <www.3dthree.org> "Guía práctica sobre la OMC", para elucidar cuestiones referentes al comercio y a los derechos humanos.

CARLOS M. CORREA

Abogado y economista, profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

RESUMEN

El Acuerdo sobre los ADPIC introdujo importantes cambios a las normas internacionales de los derechos de propiedad intelectual y, debido a sus vastas implicaciones, se convirtió en uno de los componentes más controvertidos del sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Por iniciativa de los países en desarrollo, las cuestiones relacionadas a la salud pública incluidas en el Acuerdo sobre los ADPIC fueron objeto de la adopción, en 2001, de la Declaración de Doha sobre tal Acuerdo y la Salud Pública. A ésta le siguió la Decisión del Consejo de los ADPIC, en 2003, que trata de la implementación del párrafo 6 de la Declaración de Doha. En este artículo el autor afirma que es improbable que la implementación de la Decisión ejerza una presión suficiente como para que los titulares de patentes reduzcan sus precios o negocien licencias voluntarias. Resalta que es probable que prosigan las controversias, particularmente en la medida que los países desarrollados busquen protección más allá del Acuerdo, mediante la interpretación o la negociación de acuerdos bilaterales y regionales y a través de la concesión de patentes sobre avances triviales para bloquear o retardar la competencia de los medicamentos genéricos. [Artículo original en inglés.]

PALABRAS CLAVES

Comercio – Propiedad intelectual – OMC – Declaración de Doha – Salud – ADPIC

EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y EL ACCESO A MEDICAMENTOS EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Carlos M. Correa

La Declaración de Doha y la salud pública

El Acuerdo sobre los ADPIC¹ de la Organización Mundial del Comercio (OMC) introdujo importantes cambios en las normas internacionales relacionadas a los derechos de propiedad intelectual. Debido a sus vastas implicaciones, en particular para los países en desarrollo, se convirtió en uno de los componentes más controvertidos del sistema de la OMC. Durante la Ronda Uruguay surgieron intensas discordancias sobre su alcance y su contenido entre los países desarrollados y en desarrollo, y entre los propios países desarrollados. La implementación del Acuerdo y su revisión, en conformidad con la “agenda incorporada” de la OMC, también fueron motivo de controversias.²

Éste fue particularmente el caso de los productos farmacéuticos. Por su propia naturaleza, las patentes permiten que los fabricantes de productos farmacéuticos establezcan precios por encima de los costos marginales, recuperen gastos en investigación y desarrollo y obtengan un beneficio. La crisis del SIDA en África y las evidentes implicaciones negativas de las patentes para que los pobres tengan acceso a los medicamentos replantearon la relación entre el ADPIC y la salud. Considerando

1. El Acuerdo sobre los ADPIC (conocido como TRIPS, por su sigla en inglés) prevé normas mínimas para la protección de patentes, marcas comerciales, derechos autorales y otros derechos de propiedad intelectual. El texto completo está disponible en <www.wto.org>.

2. Véase, por ejemplo, Brigitte Granville (ed.), *The Economics of Essential Medicines* (Londres: The Royal Institute of International Affairs, 2002); y Peter Drahos y Ruth Mayne (ed.), *Global Intellectual Property Rights. Knowledge, Access and Development* (Nueva York: Palgrave Macmillan-Oxfam, 2002).

que más de 30 millones de personas viven con SIDA, en su gran mayoría en las regiones más pobres del mundo, la necesidad de enfrentar el problema de acceso a medicamentos patentados surgió como una prioridad global. Aunque sea verdad, como argumenta la industria farmacéutica, que otros factores – tales como la infraestructura y el soporte de personal profesional – desempeñan un papel central en la determinación del acceso a los medicamentos,³ también es verdad que los precios resultantes de la existencia de patentes determinan, en última instancia, cuántos morirán en consecuencia del SIDA y de otras enfermedades en los próximos años.

Los argumentos esgrimidos acerca de las implicaciones del Acuerdo sobre los ADPIC en la salud pública se reflejaron en la adopción, por iniciativa de los países en desarrollo, de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública⁴ en la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC (de 9 a 14 de noviembre de 2001). La Declaración de Doha reconoce la “gravedad” de los problemas de salud pública que afligen a los países poco desarrollados y en desarrollo, especialmente los resultantes del SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pero no limitándose sólo a éstos. La Declaración refleja las preocupaciones de estos países sobre las implicaciones del Acuerdo sobre los ADPIC en relación a la salud pública en general, sin restringirse a determinadas enfermedades.

Aunque reconozca el papel de la protección a la propiedad intelectual “para el desarrollo de nuevos medicamentos”, la Declaración se preocupa específicamente con sus efectos en los precios. Afirma que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide y no debería impedir que sus miembros tomen medidas para proteger la salud pública, y es necesario que sea interpretado de acuerdo con lo siguiente:

4. Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos. A este respecto, reafirmamos el derecho de los miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto.

La Declaración de Doha deja claro que los miembros tienen el derecho de adoptar un principio internacional de agotamiento de los derechos (que permite aceptar

3. International Intellectual Property Institute, “Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa” (Washington DC, 2001), p. 23.

4. En lo sucesivo, referida como “Declaración de Doha” o sólo “Declaración”. WT/MIN(01)/DEC/W/2, 14 de noviembre de 2001.

importaciones paralelas).⁵ Declara también que el “efecto de las disposiciones previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC [...] es dejar a cada miembro en libertad para establecer su propio régimen para tal agotamiento sin impugnación”. Asimismo confirma el derecho de cada miembro a conceder licencias obligatorias en los términos determinados por él mismo. También permite que los países menos desarrollados posterguen la introducción de patentes farmacéuticas hasta 2016. La Declaración deja claro incluso que las “crisis de salud pública” pueden representar “una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia”. “Emergencia”, en este contexto, se puede referir a problemas de corto o de largo plazo.

La confirmación de que el Acuerdo sobre los ADPIC deja espacio para la flexibilidad a nivel nacional posee importantes implicaciones políticas y jurídicas. Señala que la presión para impedir que las flexibilidades disponibles sean utilizadas va en contra del espíritu y la finalidad de ese Acuerdo. En términos jurídicos, esto significa que los paneles y el Órgano de Solución de Diferencias deben interpretar el Acuerdo, así como las leyes y los reglamentos adoptados, para que este se implemente conforme a las necesidades de salud pública de cada país miembro.

En el párrafo 6, la Declaración de Doha instruye al Consejo de los ADPIC en cuanto a cómo abordar una cuestión delicada: de qué manera países miembros cuyas capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes pueden hacer uso efectivo de las licencias obligatorias.⁶ El problema básico, subyacente al texto de este párrafo, está en las limitaciones de varios países en desarrollo para fabricar sus propios medicamentos. La capacidad de fabricación de la industria farmacéutica está distribuida en el mundo de forma muy dispar. No son muchos los países que pueden producir ingredientes activos y formulaciones, y que tienen capacidades de investigación y desarrollo significativas.

Cuando el Acuerdo sobre los ADPIC entre en pleno vigor (después de enero del 2005), los gobiernos de muchas naciones enfrentarán dificultades para adquirir medicamentos a precios accesibles. Hasta esa fecha, por ejemplo, países como la India no aceptan la patente de productos farmacéuticos y fabrican versiones genéricas por una fracción del precio del producto patentado. Si los precios de productos patentados son muy altos, un país miembro tiene la alternativa de otorgar una licencia obligatoria para importar las versiones genéricas producidas por otros países.

5. De acuerdo con el principio internacional de agotamiento de los derechos, el titular de una patente “agota” sus derechos tras la primera venta legítima de productos patentados en un país extranjero. Por lo tanto, no puede impedir el movimiento subsiguiente de esos productos a través de las fronteras.

6. Una “licencia obligatoria” es la autorización dada por una autoridad judicial o administrativa a un tercero para el uso de una invención patentada, sin el consentimiento del poseedor de la patente, basada en diversas razones de interés general (por ejemplo: ausencia de explotación, salud pública, prácticas anticompetitivas, emergencias, defensa nacional).

El problema es que, en la medida en que todos los países pasen a respetar integralmente el Acuerdo sobre los ADPIC – el plazo es el 2005 – se volverá imposible producir y exportar sustitutos de medicamentos patentados a precios menores. En consecuencia, las fuentes de nuevos medicamentos accesibles desaparecerán y los países con insuficiente capacidad de fabricación y mercado no serán capaces de obtener una licencia obligatoria, tanto para la producción local, como para la importación: quedarán totalmente dependientes de las costosas versiones patentadas.

A fines de 2002, la Declaración de Doha solicitó al Consejo de los ADPIC que encontrara una pronta solución a este problema y que le diera un parecer al Consejo General antes del fin de 2002. Sin embargo, recién se llegó a un acuerdo el 30 de agosto de 2003,⁷ al final de una batalla diplomática en la cual Estados Unidos terminó por concordar con un texto que cubría todas las enfermedades, respetando el mandato de la Declaración.⁸ La “solución” acordada se basó en un compromiso establecido por el Presidente del Consejo de los ADPIC⁹ y en una “Declaración del Presidente” propuesta por los Estados Unidos como condición para aceptar el acuerdo satisfacer a la industria farmacéutica estadounidense.

Para los propósitos de la Decisión, un “miembro importador habilitado” significa cualquier país miembro menos desarrollado y cualquier otro miembro que le haya notificado al Consejo de los ADPIC sobre su intención de usar el sistema como importador. Algunos países informaron que sólo recurrirán al sistema en caso de emergencia nacional, situaciones críticas o utilización pública no comercial y que no adoptarán el sistema en otros casos. Es necesario que el país importador haga una notificación al Consejo de los ADPIC en la cual:

- se especifiquen los nombres y cantidades previstas del producto o productos necesarios;
- se confirme que el miembro importador habilitado en cuestión, a menos que sea un país menos adelantado miembro, ha demostrado de una de las formas mencionadas en el Anexo de la presente Decisión, que sus capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes para los productos de que se trata; y
- se confirme que, cuando un producto farmacéutico esté patentado en su territorio, ha concedido o tiene intención de conceder una licencia obligatoria de conformidad con el Artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC y las disposiciones de la presente Decisión.

7. Véase IP/C/W/405, disponible en <www.wto.org> (de aquí en adelante denominado “Decisión”).

8. Inicialmente Estados Unidos pretendía restringir la solución al SIDA, a la malaria y a la tuberculosis.

9. Véase el texto del Presidente del Consejo de los ADPIC, de 16 de diciembre de 2002 (JOB(02)/217). Disponible en <www.wto.org>.

Además, la licencia obligatoria expedida por el miembro exportador contendrá las siguientes condiciones:

- sólo podrá fabricarse al amparo de la licencia la cantidad necesaria para satisfacer las necesidades del miembro o de los miembros importadores habilitados, y la totalidad de esa producción se exportará al miembro o miembros que hayan notificado sus necesidades al Consejo de los ADPIC;
- los productos producidos al amparo de la licencia se identificarán claramente mediante un etiquetado o marcado específico, como producidos en virtud del sistema definido en la presente Decisión. Los proveedores deberán distinguir esos productos mediante un embalaje especial y/o un color o una forma especiales de los productos mismos, a condición de que esa distinción sea factible y no tenga una repercusión significativa en el precio; y
- antes de que se inicie el envío, el licenciatarario anunciará en un sitio Web la siguiente información: (1) cantidades suministradas a cada destino; y (2) características distintivas del producto.

Además, el miembro exportador le notificará al Consejo de los ADPIC la concesión de la licencia, incluidas las condiciones a que esté sujeta. Cuando un miembro exportador conceda una licencia obligatoria, se le pagará una remuneración adecuada, conforme al Artículo 31.h del Acuerdo sobre los ADPIC,¹⁰ habida cuenta del valor económico de la autorización para el importador. Esto significa que, aunque el exportador pague la compensación, el “valor económico” considerado para definir el monto del pago es el del país importador. Cuando se le conceda al miembro importador habilitado una licencia obligatoria para los mismos productos, éste estará eximido de las obligaciones que figuran en el Artículo 31.h en relación a los productos para los cuales la remuneración ya se paga en el miembro exportador.

Una de las principales preocupaciones expresadas por los países desarrollados durante la negociación de la Decisión fue la posible desviación de los productos exportados hacia los países ricos.¹¹ La Decisión establece que los miembros

10. Artículo 31.h: “El titular de los derechos recibirá una remuneración adecuada según las circunstancias propias de cada caso, habida cuenta del valor económico de la autorización”.

11. Es posible que este riesgo haya sido sobredimensionado. El comercio de medicamentos está sujeto a reglamentaciones nacionales estrictas, con barreras efectivas al acceso del mercado. La Comisión Europea observó que “la industria reconoce que hasta la fecha no hubo reimportación de medicamentos de los países en desarrollo más pobres a la Unión Europea, o sea, el problema de la reimportación todavía es ampliamente teórico” (Comisión Europea, DGTrade, 2002). “Tiered Pricing for Medicines Exported to Developing Countries, Measures to Prevent their Re-importation into the EC Market and Tariffs in Developing Countries” (Bruselas: Working Document, 22 de abril), p. 10.

importadores habilitados tomarán todas las medidas razonables que se hallen a su alcance, proporcionales a su capacidad administrativa y al riesgo de desviación comercial, para impedir la reexportación de productos que hayan sido importados a su territorio en virtud del sistema. Si un miembro importador habilitado – un país en desarrollo o un país menos desarrollado – tropieza con dificultades para implementar esta medida, los miembros que son países desarrollados proveerán, a pedido y en términos y condiciones mutuamente acordadas, cooperación técnica y financiera para facilitar su aplicación.

Además, los miembros tendrán que garantizar que existan medios legales eficaces para impedir la importación y la venta, dentro de sus territorios, de productos fabricados en conformidad con el sistema establecido en la Decisión y desviados hacia sus mercados contrariando la misma, y para ello utilizarán los medios cuya disponibilidad ya es requerida en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. Si un miembro considera que esas medidas se demuestran insuficientes, el problema volverá a ser tratado en el Consejo de los ADPIC, a su pedido.

La Declaración del Presidente añade que las condiciones especiales (tal como se definen en el párrafo 2.b.ii de la Decisión)¹² se aplican no sólo a los productos farmacéuticos formulados, sino también a los ingredientes activos y a los productos que utilicen tales ingredientes activos, producidos y suministrados al amparo del sistema. La Declaración añade (aunque sin evidencias que apoyen tal afirmación): “los miembros entienden que, en general, un embalaje especial y/o un color o una forma especiales no deberán tener una repercusión significativa en el precio de los productos farmacéuticos”. También introduce un sistema de monitoreo que incluye la verificación de cómo el miembro en cuestión demostró su insuficiente o ninguna capacidad de fabricación en el sector farmacéutico.¹³

Según la referida Declaración, sus miembros reconocen que la Decisión será usada de buena fe, con miras a tratar problemas de salud pública y no como un instrumento para perseguir objetivos de política industrial o comercial. La única

12. Párrafo 2.b.ii: “los productos producidos al amparo de la licencia se identificarán claramente, mediante un etiquetado o marcado específico, como producidos en virtud del sistema expuesto en la presente Decisión. Los proveedores deberán distinguir esos productos mediante un embalaje especial y/o un color o una forma especiales de los productos mismos, a condición de que esa distinción sea factible y no tenga una repercusión significativa en el precio”.

13. Una de las ambigüedades que presenta la Decisión es el concepto de “capacidad de fabricación”. No queda claro, en particular, si esta capacidad se define considerando solamente las bases técnicas o tiene en cuenta la factibilidad económica. Esta última interpretación parece más razonable en términos de eficiencia, considerando que la factibilidad económica puede ser una barrera tan importante para la manufactura local como la falta de capacidad técnica.

lectura razonable de esta afirmación es que el país importador debe recurrir al sistema por razones de salud pública, pero ciertamente no excluye el suministro de los medicamentos necesarios por entidades comerciales con fines de lucro. Sin la expectativa de beneficios, los potenciales proveedores no se sentirán incentivados a hacer las inversiones necesarias (incluyendo los costos legales) para atender a la demanda de los países que no tienen capacidad de fabricación.

Cambios en las leyes nacionales

La Decisión toma la forma de una exención temporal, que permite que los países fabricantes de productos patentados bajo licencia obligatoria exporten para los países importadores habilitados, siempre que éstos también hayan obtenido licencia obligatoria y cumplan las otras condiciones antes mencionadas. La exención duraría hasta que entre en vigor la enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC.¹⁴

Es importante observar que el sistema previsto en el párrafo 6 de la Declaración de Doha operará en un escenario en el que habrá solamente un proveedor mundial de un medicamento patentado, sin que existan, por lo tanto, fuentes disponibles de productos genéricos. Será necesario recurrir a este sistema cuando el titular de la patente **se niegue a suministrar** un medicamento patentado a un país (con poca o ninguna capacidad de fabricación en el sector farmacéutico) con precio y otras condiciones aceptables para el interesado. El presupuesto básico para la aplicación del sistema es, por lo tanto, una situación en la que (a) el medicamento esté disponible y **pueda** ser vendido al país necesitado por el titular de la patente, pero (b) éste se niegue a hacerlo.

Esto significa que, independientemente de los motivos humanitarios subyacentes a la demanda del país por determinado medicamento, nada en el sistema adoptado obligará al titular de la patente a proveerlo. El mismo puede limitarse a observar pasivamente los esfuerzos realizados por el país necesitado para cumplir las condiciones impuestas por la Decisión, mientras las personas permanecen sin tratamiento. O puede facilitar el proceso, confiriéndole una licencia voluntaria a un exportador potencial. Otra posibilidad es que explote las dificultades y complejidades del sistema y ejerza sus derechos, previstos en las leyes nacionales pertinentes, para impedir el uso no autorizado de su patente. Conforme el párrafo 6, el sistema, de

14. Según el párrafo 11: “[...] La presente Decisión, incluidas las exenciones concedidas en ella, quedará sin efecto para cada miembro en la fecha en que entre en vigor para ese miembro una enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC que sustituya sus disposiciones. El Consejo de los ADPIC preparará dicha enmienda hasta el final de 2003, con miras a su adopción en un plazo de seis meses, en el entendimiento de que la enmienda se basará, cuando proceda, en la presente Decisión y de que no será parte de las negociaciones a que se refiere el párrafo 45 de la Declaración Ministerial de Doha (WT/MIN(01)DEC/1)”.

hecho, se aplicará **en un contexto de conflicto** entre el país solicitante y el poseedor de la patente que se resiste a atender el pedido.

Una exención temporal de la OMC significa que un miembro no presentará una queja contra otro si este último respeta los términos de la exención adoptada. Pero, en la medida en que la ley nacional no se ajuste a esa exención, ésta no le impedirá al titular de la patente invocar los dispositivos de las leyes de ese país para evitar que el medicamento patentado sea adquirido de otras fuentes. Así, la implementación efectiva de la Decisión dependerá de la extensión en que las leyes nacionales permitan los actos de exención.

Por ejemplo: bajo el sistema adoptado queda reconocida la posibilidad (plenamente coherente con el Acuerdo sobre los ADPIC) de conceder una licencia obligatoria para **importar** un medicamento patentado. Con todo, el problema es que muchos países en desarrollo limitan la concesión de licencias obligatorias para la **fabricación** del producto patentado, y no para su importación. Por lo tanto, para implementar cualquier solución prevista en el párrafo 6, dichos países en desarrollo necesitarían introducir enmiendas adecuadas a sus leyes de patentes. Pero esto tal vez no sea necesario si las leyes nacionales incluyen dispositivos que permitan la utilización oficial no comercial de invenciones patentadas, permitiendo tanto la fabricación local como la importación.¹⁵

Asimismo, será necesario adecuar las leyes nacionales de los países que son potenciales exportadores. Las licencias obligatorias se otorgan en los términos especificados por las leyes nacionales. El abastecimiento de mercados de exportación no es un fundamento aceptado por la mayoría de las leyes nacionales para tal concesión.¹⁶ Más aun, al implementar el Artículo 31.f del Acuerdo sobre los ADPIC,¹⁷ los miembros de la OMC establecieron licencias obligatorias para abastecer

15. Obsérvese que la Decisión se refiere solamente a "licencias obligatorias" y no a la utilización gubernamental para fines no comerciales. Empero, la exención se refiere al Artículo 31, párrafos (f) y (h), del Acuerdo sobre los ADPIC, que cubre ambas formas de uso sin autorización del titular de la patente. Toda interpretación de buena fe de la Decisión, por lo tanto, debe admitir esos usos gubernamentales.

16. Sin embargo, el Artículo 168 de la Ley de Patentes Australiana, así como el Artículo 55.2 de la Ley de Patentes de Nueva Zelanda, permiten la exportación, al amparo de un acuerdo con un país extranjero, para proveer productos requeridos para la defensa de ese país. El Artículo 48B (d) y (i) de la Ley de Patentes del Reino Unido prevé una licencia obligatoria en relación a una patente cuyo poseedor no sea miembro de la OMC cuando el titular deje de licenciar la patente, por motivos razonables, haciendo que un mercado para la exportación de un producto patentado hecho en el Reino Unido deje de ser abastecido. El Artículo 45.g de la Ley de Patentes de Argentina permite la concesión de licencias obligatorias sin darle preferencia al mercado local si esto se demuestra necesario para remediar prácticas anticompetitivas, o en situaciones de emergencia de salud o de seguridad nacional.

17. Artículo 31.f: "se autorizarán esos usos principalmente para abastecer el mercado interno del miembro que autorice tales usos".

“predominantemente” al mercado local. Si una empresa recibe una solicitud para abastecer a un país extranjero, amparada en el párrafo 6, ésta no podrá obtener una licencia obligatoria sólo para exportar, a no ser que la ley de su país haya sido modificada de la forma correspondiente. El interés de los gobiernos en iniciar el complejo proceso de enmendar la ley de patentes, especialmente en base a una exención temporal, es dudoso. En la Decisión, nada impide a los países desarrollados actuar como exportadores de medicamentos genéricos conforme al sistema, pero es incierta su posible reacción a una solicitud para que introduzcan cambios en sus leyes y concedan licencias obligatorias para el abastecimiento, sometiéndose al párrafo 6. De hecho, la mayoría de los observadores espera que los grandes productores de genéricos en el mundo en desarrollo (India, China, Brasil, Tailandia y Sudáfrica) asuman la producción y la exportación de esos medicamentos.¹⁸

El uso efectivo de una licencia obligatoria, tanto en el país importador como en el exportador, también dependerá de los procedimientos aplicables. En algunos países (Argentina, por ejemplo) un recurso de apelación del titular de la patente contra la concesión de una licencia obligatoria no suspende su ejecución inmediata (Artículo 49 de la Ley de Patentes Argentina, n. 24.481, modificada). En otros países la situación puede ser diferente. El titular de la patente puede presentar un recurso u obtener una medida provisiona y de este modo suspender la exportación prevista en la licencia obligatoria hasta que se emita una decisión administrativa o judicial definitiva, tal vez, años después. En consecuencia, la ley nacional de patentes deberá ser modificada conforme sea necesario para que el uso de las licencias obligatorias para exportación genere un mecanismo efectivo que atienda a las necesidades de salud pública.

Condiciones de uso de las exenciones

Según la interpretación de la Declaración del Presidente, en el texto de la Decisión se establecen diversas condiciones para permitir la exportación de medicamentos patentados. Los pasos que deben ser seguidos para obtener el suministro de medicamentos bajo la Decisión son los siguientes:¹⁹

1. A menos que el requisito de una solicitud previa de licencia voluntaria no se

18. K. Maskus, “ADPIC, Drug Patents and Access to Medicines—Balancing Incentives for R&D with Public Health Concerns”, in Knowledge Economy Development Gateway (2003). Disponible en <old.developmentgateway.org/download/206719/Maskus_on_ADPIC>. Consultado el 20 de octubre de 2005.

19. Véase Brook K. Baker, “Vows of Poverty, Shrunken Markets, Burdensome Manufacturing and other Nonsense at the WTO”, *Health GAP*, 27 de agosto de 2003. Disponible en el sitio del IP-Health: <www.healthgap.org/press_releases/03/092703_HGAP_BP_WTO_Cancun.html>. Consultado el 7 de septiembre de 2005.

- aplique,²⁰ una entidad en el país importador debe requerir una licencia voluntaria al titular de la patente.²¹
2. Si esto no da resultado, se debe presentar al gobierno del país importador una solicitud de licencia obligatoria y se debe obtener allí una licencia (a excepción de que no haya patente en vigor en ese país).
 3. El país importador debe evaluar la capacidad de su industria de genéricos para producir localmente el medicamento necesario.
 4. Si la capacidad es insuficiente, debe notificar a la OMC sobre su decisión de recurrir al sistema del párrafo 6.
 5. La parte importadora interesada debe identificar un potencial exportador.
 6. Ese exportador debe, a su vez, pedir una licencia voluntaria al titular de la patente, en términos comercialmente razonables, por un período de tiempo comercialmente razonable.
 7. Si la licencia voluntaria es rechazada, el exportador potencial debe solicitar una licencia obligatoria a su propio gobierno (a ser concedida para un único suministro)
 8. El exportador deberá solicitar el registro del producto y probar la bioequivalencia y la biodisponibilidad, según sean las exigencias de la ley nacional.
 9. Si derechos exclusivos (como los promovidos por Estados Unidos) le fueran concedidos²² en el país de importación con relación a los datos de prueba presentados para el registro del medicamento, el proveedor tendrá que obtener la autorización de quien posee tales informaciones para utilizarlas, o desarrollar sus propios estudios sobre la seguridad y la eficacia (a no ser que el uso de estas informaciones esté autorizado por la licencia obligatoria).
 10. Antes de que se inicie el envío, el licenciario anunciará en un sitio Web las cantidades que se están suministrando y las características distintivas del producto.
 11. El miembro exportador debe notificar al Consejo de los ADPIC sobre la concesión de la licencia, incluidas las condiciones establecidas.

20. Este, en general, sería el caso, dependiendo, con todo, de la ley nacional, cuando se da una autorización basada en la extrema urgencia, prácticas anticompetitivas o utilización pública no comercial (párrafos 31.f y 31.k del Acuerdo sobre los ADPIC).

21. Al solicitar una licencia obligatoria tanto en el país importador como en el país exportador, será necesario identificar e incluir **todas** las patentes que puedan afectar el abastecimiento del medicamento, ya que suelen existir patentes para cubrir materias tales como ingredientes activos, fórmulas aceptables, polimorfos, procesos de fabricación, etc., en relación al mismo medicamento. Sobre las prácticas de patentamiento de productos farmacéuticos véase Correa, *Trends in Drug Patenting* (Buenos Aires: Corregidor, 2001).

22. Véase, por ejemplo, Correa, *Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceutical Products. Implementing the Standards of the ADPIC Agreement* (Ginebra: South Centre, 2002).

Este proceso debe repetirse todas las veces, pues una licencia da permiso para producir solamente la cantidad suficiente para atender a las necesidades puntuales de un determinado miembro importador habilitado; y la totalidad de la producción deberá ser exportada para el miembro que informó al Consejo de los ADPIC respecto de sus necesidades.

Factibilidad económica

Como ya se ha discutido,²³ para que la solución para el problema descrito en el párrafo 6 sea efectiva, debe ser económicamente factible, y no sólo diplomáticamente aceptable. ¿Proporcionará la Decisión incentivos que animen a los proveedores potenciales a hacer las inversiones necesarias asumiendo los riesgos asociados a éstas? Al producir el medicamento por primera vez, el potencial exportador deberá, aparte de seguir los procedimientos legales para la solicitud de una licencia obligatoria y la aprobación de comercialización del producto, desarrollar la parte química y la formulación, producir los ingredientes activos y/o las fórmulas y presentar un producto diferenciado en apariencia, color, embalaje y etiquetado, en relación al producto del titular de la patente. Todo esto a un precio más bajo, accesible a la parte que lo adquiere. Es poco probable que las empresas farmacéuticas inviertan lo suficiente si no tienen una razonable perspectiva de beneficios.

La Decisión reconoce que la factibilidad de la “solución” depende mucho de la existencia de una economía de escala para justificar la producción. Con todo, de acuerdo con el párrafo 6 de la Declaración, esa economía de escala sólo se considera en los casos en que el país importador integre algún pacto comercial regional en el que, como mínimo, la mitad de los miembros corresponda a países menos desarrollados. En ese caso, éste quedará eximido de la obligación prevista en el Artículo 31.f del Acuerdo sobre los ADPIC, por el tiempo necesario como para que el medicamento producido o importado bajo licencia obligatoria sea exportado para los mercados de otros países en desarrollo o menos desarrollados, partes del mismo pacto comercial regional, y que compartan el problema de salud en cuestión. Considerando el requisito de participación de países menos desarrollados, esta excepción sólo se aplicará a algunos acuerdos establecidos en regiones de África, pero no en otras partes,²⁴ limitando así el efecto que podría haber sido obtenido sobre la economía de escala.

23. Véase Correa, *Implications of the Doha Declaration on the ADPIC Agreement and Public Health* (Ginebra: World Health Organization, 2002), p. 33. Disponible en <www.who.int/medicines/library/par/who-edm-par-2002-3/doha-implications.doc>. Consultado el 7 de septiembre de 2005. Véase también “Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy” (Londres: Commission on Intellectual Property Rights, 2002). Disponible en <www.iprcommission.org>. Consultado el 7 de septiembre de 2005.

24. Por ejemplo, el Mercosur y la Comunidad Andina no se encuadran en la Decisión como un mercado único para tales fines.

Como Maskus lo demuestra, aunque las necesidades globales de las naciones pobres sean inmensas, “aunque algunos países pobres, en un acuerdo comercial cubierto por esa excepción, reúnan sus demandas por un medicamento específico, tal vez la escala todavía sea muy baja como para atraer potenciales proveedores; [...] pues como en países realmente pequeños los mercados de importación habilitados no podrán ser grandes, los productores de genéricos pueden no estar interesados en producir bajos volúmenes y perder las oportunidades de obtener una economía de escala”.²⁵

Conclusiones

La implementación de la Decisión sobre el párrafo 6 de la Declaración de Doha exigirá adaptaciones en las leyes nacionales e implicará, en casos particulares, significativos costos de transacción. Una vez adoptada, es improbable que presione a los titulares de patentes para que reduzcan sus precios o negocien licencias voluntarias, ni que provean incentivos para que proveedores potenciales inviertan adecuadamente para poder desarrollar y producir los medicamentos requeridos. Subvenciones de organizaciones internacionales y de gobiernos donantes pueden ser necesarias para posibilitar que esa “solución” sea operativa.²⁶

A pesar de las obvias limitaciones y de las muchas restricciones impuestas por la Decisión examinada, los países que necesitan adquirir medicamentos patentados deben testar la viabilidad del sistema. Se trata de interpretar la Decisión, de acuerdo con la Declaración de Doha relativa al Acuerdo de los ADPIC y la Salud Pública, para facilitar la ampliación del abastecimiento de medicamentos en los países pobres. También se hace indispensable elaborar una solución **permanente** para el problema que afecta a países con poca o ninguna capacidad de fabricación en ese sector, basada en una modificación del Acuerdo sobre ADPIC. Esta modificación debería estar basada en un enfoque más simple y directo,²⁷ que proporcione incentivos económicos para llegar a una solución que resulte efectiva.

Es importante observar también que el sistema previsto en el párrafo 6 parece apoyarse en el presupuesto de que el poseedor de una patente está legitimado para impedir el acceso a productos bajo su control, incluso en presencia de motivos humanitarios urgentes. Seguramente, esto no es congruente

25. Véase Maskus (2003), op. cit.

26. Id., ibid.

27. Por ejemplo, el 3 de octubre de 2002, el Parlamento Europeo adoptó la Enmienda 196 a la Directriz Europea de Medicamentos, que prevé que la “fabricación debe ser permitida si el producto medicinal está destinado a la exportación a un tercer país que haya emitido una licencia obligatoria para ese producto, o donde no hay una patente en vigor, y si hubiera una solicitud para tal efecto de las autoridades de salud pública competentes de ese tercer país”.

con la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública (en particular el párrafo 4). Tampoco corresponde a los compromisos asumidos por los Estados en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular el Artículo 12 (que reconoce el “derecho de toda persona a disfrutar el más elevado nivel de salud física y mental” y exige que se tomen medidas para asegurar plenamente este derecho, incluso “la prevención, el tratamiento y el control de enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y otras”). Por lo tanto, la adopción de la Decisión no puede impedir la utilización de otros medios cuando el titular de la respectiva patente (o patentes) se niegue a suministrar un medicamento necesario. Los países deben ser incentivados a desarrollar métodos para tratar estas negativas, para negociar en el contexto de la doctrina de las “*esencial facilities*”,²⁸ u otros conceptos provenientes del derecho de competencia y de salud pública.

Para terminar, conviene recordar que el **párrafo 6 sólo describe uno de los problemas** existentes en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC en relación a la salud pública. La protección de la propiedad intelectual de productos farmacéuticos continuará presentando significativos desafíos a las políticas de salud pública de los países en desarrollo, aunque la “solución” se demuestre factible y eficaz. El acuerdo en relación al párrafo 6 no pone fin a las controversias sobre la propiedad intelectual y de la salud pública. Es probable que éstas continúen, especialmente en la medida que los países desarrollados busquen una protección ADPIC-plus, mediante la interpretación²⁹ o la negociación de acuerdos bilaterales y regionales,³⁰ y en que las patentes sobre desarrollos marginales o triviales (algunas veces denominadas patentes *ever-greening*)³¹ sean concedidas y utilizadas para bloquear o atrasar la competencia de los medicamentos genéricos.

28. Véase John Taladay y James Carlin Jr., “Compulsory Licensing of Intellectual Property under the Competition Laws of the United States and European Community” (*George Mason Law Review* 10, n. 3, primavera de 2002, p. 443).

29. El USTR (The United States Trade Representative), por ejemplo, interpreta que el párrafo 39.3 del Acuerdo exige la concesión de un período exclusivo de protección para datos suministrados para la aprobación de marketing de productos farmacéuticos y principios agrícolas.

30. Véase, por ejemplo, los recientes acuerdos bilaterales Estados Unidos–Chile y Estados Unidos–Singapur.

31. “*Ever-greening*” se refiere a la adquisición de derechos de patentes sobre modificaciones pequeñas o triviales en fórmulas de medicamentos existentes, procurando retardar la entrada de los genéricos a la competencia. Véase, por ejemplo, Correa, 2001, op. cit.

BERNARDO SORJ

Profesor de sociología de la Universidad Federal de Rio de Janeiro y director del Centro Edelstein de Investigaciones Sociales (www.bernardosorj.com).

RESUMEN

Este artículo procura ahondar en la discusión sobre los nuevos problemas de seguridad interna y externa en América Latina. La primera parte analiza el concepto de seguridad humana y los principales actores relacionados con él. Planteamos que el concepto de seguridad humana, para tener utilidad práctica, debe ir más allá de sus componentes normativos y ser reformulado, de modo tal que permita su uso como herramienta operacional y analítica. El estudio de la seguridad humana debe centrarse más claramente en la violencia armada y también tomar en cuenta las dimensiones institucionales y sociales, en el marco de los problemas de seguridad internacional. La segunda parte empieza con una breve revisión sobre los problemas de seguridad comunes a América Latina, así como sobre la nueva situación creada por las políticas antiterroristas implementadas por los Estados Unidos. Discutimos también algunas de las dificultades enfrentadas para consolidar una agenda internacional común para América Latina. En la sección final, exponemos algunos de los principales temas que podrían enfocar los investigadores, la sociedad civil y los actores políticos en América Latina. [Artículo original en inglés.]

PALABRAS CLAVES

Seguridad humana – Violencia – América Latina – Derechos humanos

SEGURIDAD, SEGURIDAD HUMANA Y AMÉRICA LATINA

Bernardo Sorj*

Parte I Seguridad humana: concepto y agenda

El concepto de seguridad humana

El concepto de seguridad humana se presentó por primera vez en un informe del PNUD de 1994, aunque las bases para su formulación estaban presentes desde hacía algún tiempo en el ámbito de las Naciones Unidas.¹ Además de diversos documentos posteriores, la Carta de la ONU menciona tanto la soberanía nacional como principio rector del sistema internacional como la defensa universal de los derechos humanos independientemente de las fronteras. En otras palabras, desde su origen las Naciones Unidas reconocen dos líneas de valores “absolutos” que el sistema internacional debe proteger: la soberanía nacional y los derechos humanos individuales.

Actualmente, la promoción del concepto de seguridad humana se basa particularmente en la nueva constelación internacional de actores políticos, posterior a la Guerra Fría – en gran parte por el hecho de que hoy la inseguridad

* Agradezco a Rubem César Fernandes y a José Marcelo Zacchi con los cuales discutí los problemas asociados a la seguridad humana, pero destaco que todas las opiniones son de mi exclusiva responsabilidad.

1. Sobre la historia del concepto de seguridad humana, véase Charles Philippe David y Jean-François Rioux, “Le concept de sécurité humaine”, en Jean-François Rioux (ed.), *La sécurité humaine* (Paris: L’Harmattan, 2001).

física es más un producto de los conflictos armados internos que de las guerras entre países. Dichos conflictos pueden ser guerras civiles o disputas más indefinidas entre bandas armadas o grupos terroristas, a veces con apoyo directo o indirecto de Estados poco comprometidos con los derechos humanos.

El concepto de seguridad humana es innovador en cuanto a su énfasis en el cumplimiento de la defensa de los derechos humanos individuales. Se considera que esta es la principal tarea del orden internacional, incluso contra la voluntad de los Estados, vistos como una de las principales fuentes de inseguridad individual. Entre tanto, como veremos, pese a estar centrada en los individuos, la seguridad humana no puede ser disociada de los marcos institucionales, en especial de los Estados bajo los cuales se implementan (o no) los derechos humanos.

El énfasis en una visión que no apunta exclusivamente a la soberanía de las naciones promueve nuevas formas de multilateralismo y confiere un papel fundamental a los actores no gubernamentales, en especial a las ONG.²

Hay diversas concepciones sobre seguridad humana en la esfera internacional. La versión propuesta por la Comisión de Seguridad Humana, presidida por Sadako Ogasa y Amartya Sen³ y auspiciada por el gobierno japonés, es demasiado amplia e imprecisa (“un mundo libre de necesidades y libre de miedo”). Al buscar incluir en el concepto de desarrollo humano del PNUD los riesgos y las amenazas a la seguridad física y ambiental (epidemias, acceso a atención médica, pobreza, suministro de agua, crisis de desarrollo y económicas, acceso a las armas de fuego, violencia física y desastres ecológicos), termina formulando una visión holística y difusa de lo que debería ser una política nacional o internacional de seguridad o inseguridad.

Concepciones con un foco un poco más definido, especialmente las que presentaron el gobierno y los investigadores del Canadá, atribuyen cinco características a la seguridad humana:⁴

1. Es un concepto holístico que encierra todas las diversas fuentes de inseguridad individual, incluidas las que se asocian a la pobreza y a la violencia física.

2. Sobre las nuevas formas de multilateralismo, véase el excelente artículo de Shepard Forman, *New Coalitions for Global Governance: The Changing Dynamics of Multilateralism* (Center of International Cooperation, 2004).

3. Disponible en <<http://www.humansecurity-chs.org/finalreport/index.html>>. Consultado el 21 de octubre de 2005.

4. Para una presentación actualizada del concepto canadiense de seguridad humana y su papel en las relaciones exteriores, véase Ernie Regehr y Peter Whelan, *Reshaping the Security Envelope: Defense Policy in a Human Security Context* (Ploughshares Working Papers, 4-4, 2004). Más informaciones sobre seguridad humana en general y la concepción canadiense en particular, en <www.humansecuritygateway.com>. Consultado el 21 de octubre de 2005.

2. Se concentra en los derechos humanos de los individuos. En verdad, enfatiza el papel del gobierno como fuente de inseguridad para sus ciudadanos.
3. Valoriza la sociedad civil como actor privilegiado, lo que reduce de forma implícita el papel del gobierno.
4. Procura tener una perspectiva global.
5. Justifica la intervención externa de la comunidad internacional en países que estén atravesando crisis humanitarias.

El informe “Una doctrina de seguridad humana para Europa”, presentado recientemente al encargado de las relaciones internacionales y la seguridad común de la Unión Europea, expone una propuesta estratégica más precisa.⁵ Se centra en los conflictos regionales y en los Estados “en desintegración” (*failing states*) que demandan “una acción preventiva y un multilateralismo efectivo” (p. 6). En el contexto internacional actual, esta actitud se considera más adecuada que la política tradicional de contención para fortalecer la transición democrática. Esto se basa en la constatación de que los conflictos entre Estados disminuyeron, mientras se hicieron más relevantes nuevos peligros, relacionados con “la anarquía, el empobrecimiento, las ideologías exclusivistas y el empleo diario de la violencia” (p. 7). Asimismo, las cinco grandes amenazas a Europa son: “terrorismo, proliferación de armas de destrucción en masa, conflictos regionales, Estados en desintegración y crimen organizado” (p. 8). Las principales fuentes actuales de amenaza al sistema internacional son los Estados autoritarios o en desintegración, con políticas represoras, en los que grupos armados o paralelos (promovidos o no por el Estado) practican el terrorismo internacional. El informe propone que se cree una estructura jurídica bien definida para intervenciones justificadas. También recomienda operaciones de campo, siempre que se basen en los principios de los derechos humanos, con autoridad política clara, multilateralismo, abordaje de abajo hacia arriba, foco regional, uso de instrumentos legales y empleo adecuado de la fuerza.

Los actores por detrás del concepto

El concepto de seguridad humana surgió del empeño por definir una nueva doctrina para el sistema internacional, centrada en los derechos humanos y en las cuestiones relativas al desarrollo, como resultado directo del término de la Guerra

5. Informe del grupo de estudios sobre la potencialidad de seguridad de Europa, presentado al alto representante para Política Común y Seguridad, Javier Solana (Barcelona, 15 de septiembre de 2004). Aunque con un eje más preciso, el informe no deja claro lo que se debería incluir en el concepto de inseguridad. En la página 8 hay una referencia a la alimentación, la vivienda y la salud como posibles candidatos a la inclusión en la definición de seguridad humana, aunque se afirma que “tienen status legal menos elevado”.

Fría y del papel organizador que el discurso de los derechos humanos pasó a desempeñar en los foros internacionales. Las Naciones Unidas y los países desarrollados pequeños y medianos comprometidos con la cooperación internacional (como el Canadá y Noruega, por ejemplo) promovieron esta nueva agenda a partir de mediados de la década de 1990. Posteriormente, adhirieron Japón y otros países europeos.⁶

Diferentes actores y objetivos han estado por detrás de la agenda de seguridad humana. Para las Naciones Unidas, especialmente bajo el comando del secretario-general Kofi Annan, el objetivo era crear un discurso que liberara a la ONU de la sumisión a la soberanía nacional como única fuente de legitimidad para la acción internacional. Para los países desarrollados de tamaño medio que no pretenden expandir su poder militar, esa doctrina orientaría las relaciones internacionales y fundamentalmente la cooperación internacional. Los países latinoamericanos defienden una concepción específica de seguridad humana (seguridad multidimensional, similar a la noción de seguridad humana pero sin referencia a la intervención humanitaria externa) como una manera de contraponerse a la agenda estadounidense focalizada en los temas de seguridad stricto sensu. Por otro lado, los países africanos consideran que la noción de seguridad humana contribuirá para ampliar su capacidad de negociar apoyo internacional. La Unión Europea, como ya dijimos, viene usando el concepto para designar su nueva política externa. Finalmente, en los últimos años, varias ONG, e inclusive como veremos hasta algunas instituciones públicas de América Latina, adoptaron el enfoque de seguridad humana. Para las ONG internacionales, la perspectiva de seguridad humana consolida su propia imagen como guardianes de los derechos humanos más allá de las fronteras, mientras las ONG nacionales y las instituciones gubernamentales de los países en desarrollo tienden a desviar el concepto hacia los temas de seguridad interna y orden público.⁷

Críticas al concepto de seguridad humana

En cuanto al marco conceptual, la idea de seguridad/inseguridad es tan genérica que se puede argumentar, como muchos hacen, que fomentar la inseguridad forma parte de la naturaleza de la sociedad moderna capitalista, que algunos autores definen como “sociedad de riesgo”. En la bibliografía de las relaciones

6. Un grupo heterogéneo de países – Austria, Canadá, Chile, Eslovenia, Grecia, Holanda, Malí, Noruega, Suiza y Tailandia (y África del Sur como miembro observador) – formó en 2000 la Human Security Network, que hasta el presente no tuvo gran impacto en el escenario internacional.

7. Por ejemplo, el sitio de la Secretaría Nacional de Seguridad Pública del Brasil, <<http://www.segurancahumana.org.br/home.htm>>. Consultado el 21 de octubre de 2005.

internacionales, las mayores críticas al concepto de seguridad humana son las siguientes:⁸

- No contiene una visión de poder o de las instituciones políticas requeridas para garantizar una implementación efectiva de los derechos humanos que, inclusive, en algunas ocasiones exige el uso del sistema represivo.
- Diluye los problemas específicos de la lucha contra la violencia física en una gran agenda que, al final de cuentas, incluye todas las fuentes de inseguridad posibles, confundiendo diferentes factores causales.
- Reduce la capacidad operacional de los agentes al incorporar distintos problemas sociales. En sociedades complejas, las áreas abarcadas por la agenda de seguridad humana se distribuyen en distintos subsistemas, con relativa autonomía operacional y responsabilidades variadas (fuerzas armadas, salud pública, políticas sociales y políticas ambientales). En cuanto concepto holístico que no se traduce en términos operacionales analíticos, esa noción de seguridad humana no logra definir prioridades ni distribuir responsabilidades.
- Induce a una visión limitada y reducida del Estado (en verdad, la seguridad individual siempre estuvo presente en el Estado moderno) y sobrestima el papel de la sociedad civil. Pierde de vista el hecho de que la seguridad pública y la protección a los ciudadanos no pueden ocurrir sin instituciones sólidas que garanticen el orden público y la implementación de la justicia.

Los latinoamericanos y la seguridad humana

En América Latina, la mayoría de las ONG de derechos humanos, así como la comunidad académica, se han mostrado críticas respecto del concepto de seguridad humana. Para entender esta posición es necesario remontarse al pasado reciente, cuando las dictaduras militares del continente recurrieron a una amplia doctrina de “seguridad nacional” para subordinar varios aspectos de la vida social a la lucha contra el comunismo y a la “defensa nacional”. De acuerdo con esta doctrina, las fuerzas de seguridad, incluida la policía, quedaban bajo el comando de las fuerzas armadas. En el proceso de democratización, un objetivo importante fue controlar a las fuerzas armadas y limitar su autonomía, de modo tal que su atribución en las nuevas constituciones se fue restringiendo a la defensa del territorio nacional contra enemigos externos, apartándolas del control de la seguridad interna.

En este contexto, la perspectiva de seguridad humana se ve como un intento para volver a subordinar la vida social a la doctrina de la “seguridad nacional”, transfiriendo los problemas sociales a la esfera de la seguridad. (De forma

8. Más contribuciones al tema se pueden encontrar en J.-F. Rioux, 2001, op. cit.

paradójica, cuando se introdujo el concepto de seguridad humana, la intención era, por el contrario, expandir la contribución de los problemas de seguridad para poner en foco sus interrelaciones con problemas sociales más amplios.)

Además, el concepto de seguridad humana provoca cierto malestar en los círculos intelectuales y también en las fuerzas armadas, por el hecho de que se desarrolló en oposición a una visión de las relaciones internacionales basadas en la soberanía nacional. La política externa de los países latinoamericanos en el siglo XX se centraba en la valorización de la soberanía nacional, lo que es comprensible si consideramos la aprensión latente de una invasión estadounidense. Pese a esa actitud crítica, creemos que es posible continuar desarrollando el concepto de seguridad humana en la región. En definitiva, es la única base conceptual a la que se puede aplicar una visión multilateral de respeto a los derechos humanos y al desarrollo social en las relaciones internacionales. Sin embargo, creemos que también es necesario definir un eje de análisis más preciso.

La seguridad humana como instrumento analítico

Sin ser contradictorios, se puede considerar que el concepto de seguridad humana comprende distintos sentidos. También son diferentes los actores que lo ponen en práctica, y las formas de hacerlo. Una de las definiciones, de fundamento normativo, establece un horizonte moral que asegura todos los derechos humanos en las relaciones internacionales y en las sociedades. Otra visión considera la seguridad humana mucho más como un campo semántico que como una serie de principios normativos, o como herramienta conceptual. Desde este punto de vista, la seguridad humana se entiende como una vaga estructura conceptual que crea una base común para el diálogo entre diferentes actores, en busca de una agenda de seguridad internacional que dé prioridad a los problemas de desarrollo y de implementación de los derechos humanos. Examinaremos aquí una tercera lectura, que busca transformar la seguridad humana en un concepto relevante desde el punto de vista operacional y útil como herramienta analítica para los científicos sociales. En esta línea, un concepto de seguridad humana operacional y analíticamente pertinente deberá tener en cuenta las siguientes cuestiones:

- Focalizar de modo más preciso la idea de “inseguridad”. En el núcleo del concepto de seguridad humana está la protección contra la violencia armada o descontrolada que implica amenazas para: (1) la estabilidad de las instituciones democráticas de la región; (2) la seguridad física de la población; (3) y es capaz de generar una reacción de la comunidad internacional (por ejemplo, en caso de genocidio o de entrenamiento de terroristas). Asimismo, las crisis humanitarias relacionadas con el hambre, las epidemias o los

desastres naturales o ecológicos no estarían incluidas en un concepto más preciso de seguridad humana.

- Referirse al marco institucional y social que pueda garantizar, o no, la seguridad humana. En efecto, el marco institucional debe estar en el centro de las diferentes políticas orientadas por un análisis de la seguridad humana. La mayoría de los episodios de intervención humanitaria o internacional se refiere a Estados en desintegración, o a países que atraviesan crisis humanitarias. Sobreestimar la capacidad de las ONG y de la sociedad civil en general, para resolver los problemas de seguridad, es una actitud no realista, ineficiente y escapista que no atiende a la necesidad de fortalecer las instituciones del Estado democrático. **No existe seguridad humana individual si el Estado no dispone de estructuras políticas, administrativas, represivas y jurídicas que sean capaces de asegurarla.**
- Establecer una relación entre los problemas de seguridad y los de desarrollo, pero sin condicionar uno al otro. Una agenda de seguridad insensible a las cuestiones de la desigualdad global y nacional, las epidemias, la degradación del medio ambiente, la frustración de las expectativas y la pobreza relativa, estará condenada a entablar una guerra contra los síntomas. Pero la agenda de desarrollo económico no puede reducir las cuestiones de seguridad a un epifenómeno, que no requiere tratamiento específico, inversiones y aptitud institucional.

Una perspectiva latinoamericana sobre seguridad humana

Desde el punto de vista latinoamericano, la seguridad humana debería:

- No fusionar problemas sociales diferentes: aunque los mismos se interrelacionen, cada uno tiene su propia dinámica y requiere políticas e instituciones específicas. Reconocer las interrelaciones de problemas como los de la violencia y la pobreza no implica una visión reduccionista de las cuestiones sociales y/o de seguridad. De acuerdo con lo que muestran las investigaciones sociológicas, no son necesariamente los sectores más pobres de la población urbana los que se involucran en crímenes; la violencia armada, una vez consolidada, tiene una dinámica hasta cierto punto autónoma. Muchos problemas incluidos en la agenda multidimensional están asociados de modo intrínseco a la política interna. No nos podemos olvidar, por ejemplo, que la pobreza en América Latina se mantiene, sobre todo, debido a las desigualdades sociales, la corrupción y las políticas sociales ineficientes.
- Desarrollar una visión que enfoque, en particular, la construcción de instituciones estatales, incluida la participación de la sociedad civil, pero que tenga como objetivo principal la garantía del funcionamiento de un

Estado de Derecho. La investigación y la acción orientadas por la seguridad humana deberían concentrarse en la inseguridad que resulta de la violencia armada, teniendo en cuenta el respeto a los derechos humanos y el contexto social que origina esta violencia. Asimismo, la prevención y la represión de la violencia deben actuar sobre sus causas inmediatas y también sobre los contextos sociales, especialmente sobre los grupos sociales más pasibles de convertirse en víctimas o agentes de la violencia armada y del crimen – por lo general, los jóvenes de los grandes centros urbanos.

- Focalizar los problemas de seguridad desde una óptica multilateral y multisectorial, que permita que distintos participantes (instituciones públicas, ONG, asociaciones comunitarias y empresariales, entre otros) discutan y propongan nuevas políticas y abordajes.
- Reconocer que en situaciones concretas pueden existir tensiones entre una visión universalista de los derechos humanos (o de defensa de la ecología) y el reconocimiento de la soberanía como uno de los pilares del sistema internacional. Aunque los casos extremos pueden ser arbitrados por tribunales internacionales, muchas situaciones tienen un carácter tan ambiguo que requieren espíritu abierto y disposición para el diálogo, teniendo como punto de partida el respeto a la soberanía nacional. A nivel local, es importante aumentar la interacción entre las instituciones responsables por la defensa nacional y la seguridad pública y las ONG que luchan por los derechos humanos, pues en caso contrario la desconfianza y la recriminación mutua constituirán un impedimento para el avance de una agenda más democrática.
- Participar en el debate global sobre seguridad dentro de una perspectiva de geometría variable. Esto significa destacar que los conceptos y agendas globales solamente tienen sentido si reconocen las especificidades de las condiciones locales, y solamente son relevantes en la medida en que sean útiles para un análisis comparativo. Además, se deberían incluir diferentes variaciones y tipologías, sin intentar constituir simplificaciones demasiado amplias, dentro del estilo propuesto por los organismos internacionales y por el gobierno de los Estados Unidos. En América Latina en particular, donde los países no son actores importantes en términos de ayuda militar o humanitaria, ni hay casos de Estados autoritarios o en desintegración (excepto el caso de Haití), la seguridad humana debería centrarse de forma prioritaria en los problemas internos de orden público que puedan acarrear consecuencias internacionales. El mismo abordaje de geometría variable se debe aplicar internamente en América Latina, donde la búsqueda por un denominador común generó propuestas muy generales y no operacionales. Los acuerdos subregionales y bilaterales proveen bases más realistas para promover una agenda común de seguridad. Una agenda de seguridad humana debe partir de lo local para lo global, al contrario de la tendencia actual que desarrolla conceptos globales y los aplica en las situaciones nacionales.

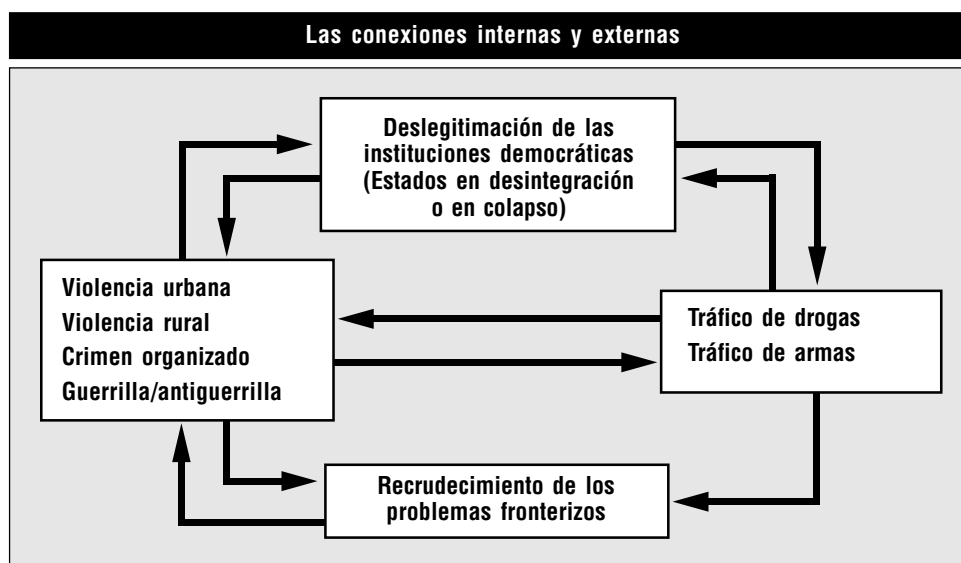
PARTE II

Rumbo a una perspectiva latinoamericana de seguridad humana

Problemas latinoamericanos de seguridad: conexiones internas y externas

La violencia urbana viene dominando las grandes ciudades de América Latina. Cada vez más se vincula al tráfico internacional de drogas, al comercio de armas y al lavado de dinero, actividades que no respetan fronteras nacionales y cuyo combate requiere un esfuerzo multilateral de los países de la región. Los focos de guerrilla, primero en América Central y ahora en Colombia, dieron origen al problema de los refugiados, y crean tensión en las fronteras. Aunque la presencia de grupos terroristas internacionales no sea generalizada, tiene (o tuvo) cierta relevancia en la región de la triple frontera entre Brasil, Argentina y Paraguay.

Los conflictos armados entre países no son un tema significativo en la América Latina actual, pero el impacto de la violencia y de la política, bajo la influencia de la producción de drogas y del crimen organizado (y la guerrilla en Colombia) pueden generar conflictos entre países y crear zonas problemáticas, como en la mencionada triple frontera y en particular en la región amazónica. Tal vez más importante sea el riesgo de que un gobierno elegido por la vía democrática caiga en la esfera de la doctrina Bush de “Estados en desintegración” o “adeptos al terrorismo”. Por lo tanto, las relaciones entre problemas de seguridad internos y externos pueden resultar tanto en Estados en desintegración como en la destrucción de los esfuerzos de consolidación de los Estados de la región.



La doctrina Bush y la seguridad latinoamericana

América Latina es la región del mundo que tiene la menor incidencia de conflictos armados entre países y la que registra los menores gastos militares en relación con el PNB. En la región, pese a algunas áreas de tensión, las fronteras están consolidadas y prácticamente no existen conflictos religiosos o raciales capaces de llevar a guerras interétnicas. Se trata de la única región del mundo en la que todos los países adhieron a un tratado contra armas nucleares.

La década de 1990, período que podemos llamar de “globalización azul”, fue una fase de consolidación democrática en el continente. La agenda del sistema internacional en general, y de las relaciones de los Estados Unidos con América Latina en particular, estaba dominada por temas económicos y por la expectativa de que la globalización, así como las nuevas formas de regulación económica, generaran un sistema de gobernanza política internacional basada en el multilateralismo. Con el nuevo milenio, los vientos cambiaron rápidamente de dirección. La globalización económica no trajo beneficios para buena parte de la población de los países latinoamericanos en esta nueva era de “globalización gris”.

La administración Bush adoptó una postura más reservada en su política externa frente a los acuerdos institucionales y los tratados supranacionales. Después de los hechos del 11 de septiembre, los Estados Unidos redefinieron su posición estratégica, optando por un vigoroso unilateralismo, y su política externa se concentró, con exclusividad, en la lucha contra el “terrorismo”. En verdad, el término “terrorismo” pasó a aplicarse en la práctica a todas las organizaciones consideradas enemigas por el gobierno estadounidense, en muchos casos sin el menor vínculo con el terrorismo internacional.⁹ La lucha contra el “terrorismo” y las consecuentes intervenciones de los Estados Unidos tuvieron como pretexto la defensa de los derechos humanos. Esto generó dudas para los analistas internacionales en relación con el derecho de intervención externa en nombre de los derechos humanos.

El gobierno Bush reprodujo la misma polarización, con el consecuente alineamiento automático a la política externa, existente en la época del comunismo. El nuevo escenario internacional y sus desafíos, desde el punto de vista de la América Latina, no se encajan en la doctrina Bush. Pero tampoco se puede ignorar los cambios en el orden internacional provocados por los hechos

9. En la exposición “Los traficantes de drogas, los terroristas y usted”, organizada recientemente en Nueva York por el museo DEA (Drug Enforcement Administration), el concepto de terrorismo es tan amplio que incluye hasta el asesinato de un oficial estadounidense por un guerrillero, en 1969. El material exhibido incluía carteles contra el tabaquismo...

del 11 de septiembre y la forma como la lucha contra el terrorismo está cambiando las estrategias de seguridad internacional. La cuestión, por lo tanto, no es negar un problema sino participar de manera activa y autónoma para la identificación de las amenazas y de las distintas formas de enfrentarlas.

En el nuevo contexto de militarización de las relaciones internacionales, todos estos factores llevaron a los Estados Unidos a excluir América Latina de su sistema de prioridades. Pese al empeño del gobierno de los Estados Unidos en polarizar el mundo alrededor del problema del terrorismo, la lucha contra este no se entiende como una cuestión de prioridad de seguridad en la región. En América Latina, el combate al terrorismo no ocupa el espacio dejado por la lucha contra el comunismo, que contaba con el apoyo de la mayoría de los grupos dominantes, de la clase media y de las fuerzas armadas.

La región tiene sus propias debilidades en la arena internacional. En las últimas décadas, los países latinoamericanos no lograron desarrollar una visión compartida de sus problemas de seguridad ni una agenda concreta de actuación. Tanto como Europa o Japón, los países de América Latina integran el escenario internacional que se beneficia con el esfuerzo de regulación del sistema internacional por parte de los Estados Unidos, que a su vez imponen sus prioridades e intereses nacionales. Después del combate al comunismo, diversos países presentaron variados puntos de vista y prioridades a propósito de la reorganización del sistema institucional interamericano y de la definición de las prioridades de seguridad en la región. Pero los Estados Unidos es el único país del continente con una propuesta para la seguridad del hemisferio, mientras que los países latinoamericanos tienden a privilegiar perspectivas e intereses locales y una actitud defensiva.

Sin lugar a dudas, la década de 1990 trajo a la región algunas novedades y avances, entre ellos, el reconocimiento del orden democrático como factor crucial para la manutención de la paz. Otro elemento nuevo fueron los acuerdos subregionales (Mercosur, América Central y el esfuerzo de revitalización del Área Andina) con consecuencias político-institucionales positivas para la consolidación democrática. Aun así, el principio común de la política externa de América Latina continúa girando alrededor del principio de no intervención y del esfuerzo para socavar o limitar la capacidad de los Estados Unidos para imponer su agenda a los países de la región.¹⁰ Ante la tendencia estadounidense de “securitizar” la agenda internacional, los latinoamericanos enfatizan el carácter multidimensional de la agenda de seguridad del hemisferio priorizando los problemas relacionados con la pobreza, la salud, el medio ambiente y el desarrollo económico.

En la época de la lucha contra el comunismo, los aparatos de seguridad se

10. La Resolución de la Conferencia de Seguridad del Hemisferio (27 y 28 de octubre de 2003), en México, refleja claramente esos impases.

autonomizaron, en especial las fuerzas armadas, cuyas doctrinas de defensa y orden público estaban centradas en el concepto de “seguridad nacional”. Ellas se presentaban como los representantes o defensores de los intereses nacionales en la lucha contra el enemigo interno – el comunismo – o el enemigo externo – los países vecinos. Con el fin del comunismo, el enemigo histórico desapareció y los procesos de democratización (con gobiernos civiles centrados en los problemas internos y sociales) redujeron las tensiones entre las naciones.¹¹

En los últimos años, hubo importantes progresos en cuanto al desarrollo de la confianza y de la colaboración entre fuerzas armadas tradicionalmente rivales (en especial entre Chile y la Argentina, o el Brasil y la Argentina). Sin embargo, las fuerzas armadas en América Latina continúan siendo, en gran medida, refractarias a los procesos de democratización (en el sentido de abrirse al debate público y redefinir su doctrina que continua basándose en el concepto de “seguridad nacional”). De este modo, hay una discrepancia entre la doctrina militar y el discurso político dominante que privilegia la democracia y los derechos humanos. En los países de América Latina, esto se refleja en el reducido número de centros de investigación académica y organizaciones de la sociedad civil que se dedican a monitorear y a dialogar con las fuerzas armadas y la policía.

La doctrina Bush de “guerra contra el terror” puede tener un impacto considerable sobre los sistemas de seguridad en América Latina y la potencial capacidad de galvanizar y polarizar la política latinoamericana de forma maniqueísta. Tal vez una de las peores consecuencias de la actual “doctrina antiterror” sea la de que muchos políticos e intelectuales latinoamericanos pueden ganar respeto y popularidad por el simple hecho de criticar la posición del gobierno de los Estados Unidos. Esto les permite evadirse del análisis y del combate de los verdaderos problemas de seguridad, que incluye el desarrollo de una doctrina de seguridad efectiva, capaz de hacer frente a la agenda “antiterror” estadounidense.

En la época de la lucha contra el comunismo, la política externa de los Estados Unidos contó con importante apoyo de los sectores sociales y políticos de América Latina, en donde el comunismo se veía como un enemigo común. Sin embargo, la lucha contra el terrorismo no moviliza el apoyo local ya que ningún grupo social latinoamericano le da prioridad a ese conflicto. Además, en particular en el Brasil, los Estados Unidos se transformaron en la principal fuente de preocupación para las fuerzas armadas, debido a su presencia en Colombia y al temor de una conspiración para internacionalizar la región amazónica. En este contexto, el uso de *slogans* contra los Estados Unidos, que tal vez sea una manera fácil de obtener apoyo público, se puede convertir en una fuente de tensión internacional.

11. Hoy persisten solamente algunos casos de “animosidad” histórica (por ejemplo, entre Chile y Bolivia), pero en la práctica está excluida la hipótesis de guerra.

*Para una agenda de investigación
sobre la seguridad latinoamericana*

La retórica simplista contra los Estados Unidos es uno de los obstáculos para la enunciación de una agenda de seguridad para América Latina. En algunos casos, como en Colombia – que muchos latinoamericanos consideran “contaminada” por la fuerte presencia estadounidense –, esta retórica disminuye la capacidad de analizar y plantear una agenda alternativa, no reactiva. Entre tanto, hay más cuestiones específicas en juego.

Por tradición, las relaciones internacionales no constituían un campo de investigación fundamental para la mayoría de los principales científicos sociales de América Latina. Aunque existan importantes grupos de investigadores en esta área, en general adoptan un abordaje más tradicional cuya dirección apunta a las relaciones internacionales y al comercio internacional. Al mismo tiempo, científicos sociales y ONG de América Latina desarrollaron, en las últimas décadas, investigaciones y propuestas prácticas referidas a los problemas de la violencia y de la seguridad pública, focalizando en particular la violencia como un problema interno. Es evidente la necesidad de que los especialistas realicen más investigaciones y discusiones sobre las conexiones internas/externas entre violencia, seguridad y relaciones internacionales.

A partir de la década de 1980, hubo una tendencia entre los científicos sociales de la región a concentrarse más en sus propios países, dejando de lado los estudios comparativos latinoamericanos. Esto fue el resultado de la derrota de la izquierda y del desarrollismo, que sí tenían una perspectiva regional. También refleja la especificidad de las nuevas realidades democráticas y su internacionalización, que estrecharon los vínculos con las instituciones universitarias de los países desarrollados. La mayoría de las ONG que se ocupan prioritariamente de América Latina no posee una capacidad sólida para desarrollar estudios.

Hasta ahora, los países latinoamericanos intentaron contraponerse a las doctrinas antiterroristas de los Estados Unidos con un concepto de “seguridad multidimensional”, que, como mencionamos, es muy próximo del de seguridad humana, excepto por no incluir la idea de intervención humanitaria. El concepto de seguridad multidimensional considera como fuentes de inseguridad los problemas relacionados al tráfico de armas y de drogas, el terrorismo, la salud, la pobreza, las crisis económicas y ambientales, entre otros. Seguramente no se trata de una propuesta para una doctrina efectiva de política externa y no se refiere a la posibilidad de intervención humanitaria. Pero, al relativizar y diluir el énfasis en la defensa, de hecho se contrabalancea la política externa de los Estados Unidos.

Aunque en los últimos años un número cada vez mayor de ONG latinoamericanas ha empezado a preocuparse con los problemas de seguridad, muchas de las que trabajan con derechos humanos tienen dificultades en proponer

una agenda efectiva en lo que se refiere a esas cuestiones. Esto obedece, en parte, al hecho de que cualquier propuesta operacional debe hacer frente al uso efectivo de los medios represivos, tema al cual los grupos de derechos humanos son refractarios. Asimismo, se creó una falsa dicotomía entre eficiencia y transparencia. La experiencia demuestra que la eficiencia está relacionada con la transparencia, pero también que el énfasis en la transparencia no se debe disociar de una comprensión clara de las especificidades operacionales y de las necesidades del sistema de seguridad.

Ante esta realidad, surge la siguiente cuestión: ¿en el contexto actual, será necesario, o posible, intentar presentar una agenda latinoamericana proactiva, que procure enfrentar los problemas de seguridad regional y aumente la autonomía de la región en el escenario internacional? Creo que la respuesta a ambas partes de la cuestión es “sí”. El principio de no intervención y de oposición a la agenda de los Estados Unidos no es suficiente para enfrentar los desafíos existentes. En primer lugar, aunque hasta cierto punto sea posible intentar neutralizar la agenda estadounidense, esta no puede ser totalmente controlada. Dado el peso político, militar y económico del país, solamente se la puede confrontar con otra agenda que permita negociaciones efectivas. Esto significa que el multilateralismo, a nivel regional, solamente se puede construir a partir de una agenda que tenga en cuenta y negocie los problemas (incluso sin estar de acuerdo con el diagnóstico o las soluciones) que coloca la política externa de los Estados Unidos. Para la mayoría de los países de la región, los problemas más relevantes de seguridad son: la realidad de las nuevas formas del crimen organizado y del terrorismo, que diluyen la distinción entre espacio interno y externo; el surgimiento de zonas fronterizas problemáticas en lo que se refiere a drogas, criminalidad, guerrillas y terrorismo; el establecimiento de espacios territoriales, inclusive en áreas urbanas, sobre los cuales el Estado perdió el control efectivo. Tales cuestiones exigen nuevos acuerdos bilaterales, subregionales y regionales, así como estrategias que definan un nuevo papel para las fuerzas armadas y para el sistema hemisférico de seguridad.

Las investigaciones aplicadas y una agenda práctica deberán enfrentar los problemas que siguen.

La redefinición de la actual concepción de política externa en América Latina, centrada en el principio de no intervención y en una agenda multidimensional. América Latina necesita enfrentar las nuevas amenazas internas y externas con una estrategia que fortalezca las instituciones democráticas en general y el sistema de implementación de las leyes y la seguridad pública en particular. Precisamos profundizar la discusión sobre la soberanía nacional, reconociendo que la posición tradicional, basada en una perspectiva estrecha de soberanía, ya no es viable (y probablemente nunca lo fue). Hay un creciente consenso con relación al hecho

de que los problemas de seguridad en el mundo de hoy van más allá de los límites de las fronteras nacionales y de la capacidad individual de los Estados para enfrentar las amenazas a la seguridad. Efectivamente, en los últimos años, los países de América Latina desarrollaron una actitud “intervencionista” cuando se trata de preservar las instituciones democráticas. La tendencia general que pretende preservar la “soberanía” es una actitud legítima que se basa en el deseo de crear mecanismos capaces de oponerse a las indeseadas intervenciones estadounidenses. Ahora, el desafío es proponer una agenda de seguridad colectiva que desarrolle mecanismos para compartir los sistemas de inteligencia y los sistemas operacionales entre los Estados, en particular – pero no exclusivamente – en las regiones de frontera, manteniendo al mismo tiempo el respeto por la soberanía nacional.

Las nuevas relaciones entre políticas internas y externas, entre las fuerzas de seguridad y el surgimiento de regiones problemáticas. Las nuevas formas de violencia organizada, que diluyen las fronteras entre defensa nacional y seguridad pública interna, exigen una redefinición del papel de las fuerzas armadas y de la policía y un aumento de la colaboración entre ambas. Esa necesidad enfrenta diversas dificultades. Las intervenciones militares del período anterior, aún bastante presentes en la memoria de las elites políticas, en particular en los países del Cono Sur, crean una preocupación comprensible respecto de la autonomía de las fuerzas armadas y una tendencia que intenta delimitar su ámbito de actuación a los problemas externos, al margen de las cuestiones internas. La experiencia histórica del período de lucha contra el comunismo también indica que cuando se involucran directamente en las cuestiones de seguridad interna, las fuerzas armadas buscan subordinar las fuerzas policiales a su cadena de comando. (Incluso hoy, la organización jerárquica de la principal fuerza policial del Brasil – la policía militar – sigue patrones militares, y el puesto más alto tiene el grado de coronel, dependiendo de esta forma de las fuerzas armadas.) Además, hay una preocupación legítima por evitar que las fuerzas armadas se perviertan y corrompan a través de los considerables recursos financieros del crimen organizado.

Pese a eso, hay una demanda creciente por la integración de las fuerzas armadas con la policía, pues la interrelación de los problemas internos y externos crea en la frontera zonas cruciales para la acción contra el crimen organizado, y algunas áreas fronterizas y urbanas han sido “colonizadas” por grupos marginales. ¿Qué cambios son necesarios en la doctrina y en el comando de las fuerzas armadas para que se incorporen en los esfuerzos a la represión de las nuevas formas de violencia sin superponerse a las fuerzas de seguridad pública? ¿Y cómo es posible, al mismo tiempo, intensificar el control público de las fuerzas armadas para que no ultrapasen las fronteras políticas? ¿Será posible integrar la policía y sus servicios de inteligencia a las del aparato de las fuerzas armadas, preservando la autonomía de ambas? ¿Cómo desarrollar acciones de cooperación regional y

subregional entre la policía y las fuerzas armadas? ¿Cómo garantizar mecanismos de control en las fronteras compartidas entre Estados? ¿Cómo encarar la cuestión de las regiones “problemáticas”, sin invadir la soberanía nacional de cada país? ¿Cómo adaptar y multiplicar las mejores realizaciones y experiencias de la región, tales como la reconstrucción de las fuerzas de seguridad de América Central después de los conflictos, la reforma de la policía en ciudades latinoamericanas, como Bogotá y México, y los proyectos con grupos de riesgo similares a los que desarrolla la ONG Viva Río, en el Brasil, en las *favelas*? Esas cuestiones cruciales van a exigir esfuerzos conjuntos y reacciones coordinadas por parte de los países latinoamericanos, a la luz de las nuevas tendencias en materia de seguridad descriptas hasta aquí.

Enfrentamiento de las cuestiones de violencia, drogas y terrorismo. Teniendo en cuenta que la agenda de investigación latinoamericana sobre las relaciones internacionales y los problemas de políticas de seguridad es, en gran medida, defensiva, diferentes agentes (entre ellos, científicos sociales, ONG y gobiernos) tienden a evitar la discusión de los conceptos que informan el actual debate internacional respaldado no solo por los Estados Unidos, sino también por las organizaciones europeas e internacionales.

Es necesario un debate local para profundizar las concepciones regionales en relación con las drogas y el terrorismo. La doctrina actual de seguridad de los Estados Unidos – que no distingue terrorismo de cualquier acto “antiamericano”, incluidos la producción y el tráfico de drogas, el lavado de dinero, la violencia de grupos políticos y de guerrillas – confunde y mezcla problemas variados, que en verdad exigen soluciones específicas. Diferentes tipos de violencia ocurren en diferentes circunstancias sociales y exigen distintas soluciones. Aunque reconozcamos que algunos grupos políticos o criminales pueden vincularse a las redes terroristas internacionales, eso no significa que deben ser enfrentados con el mismo aparato operacional.

En América Latina, la mayoría de los problemas de violencia capaces de desestabilizar las instituciones del Estado se vincula al comercio de drogas, que proporciona recursos económicos en una medida significativa. El tráfico de drogas está en el centro de las conexiones de seguridad interna y externa con potencial para desestabilizar la seguridad del continente. La solución debe conectarse tanto con el contexto social como con una agenda activa de reformas de la seguridad pública y del poder judicial.

Precisamos sustituir el concepto de terrorismo del gobierno de los Estados Unidos por un término más preciso y útil de las formas de violencia y sus fuentes – sin negar, cuando sea preciso, las conexiones potenciales con el terrorismo internacional. El propio estudio de las variadas formas de violencia exige mayor investigación. La idea de que la violencia (incluso el terrorismo)

está relacionada con la pobreza extrema está equivocada, tanto desde el punto de vista moral como empírico. Muchas personas y organizaciones bien intencionadas establecen la relación entre violencia y pobreza como forma para justificar más inversión social. Pero eso estigmatiza a los pobres y no se fundamenta en hechos empíricos: un estudio reciente del movimiento Viva Río¹² sobre la violencia armada, en el ámbito nacional, indica que los sectores más pobres de la sociedad no son los que están más involucrados con actividades criminales violentas. Es natural que el ambiente de carencia y exclusión social creen frustración y, con eso, una base social propicia para que el crimen aumente su capacidad de reclutamiento e influencia. No obstante, es indispensable realizar más estudios empíricos para identificar a los grupos específicos con mayor riesgo de involucrarse en la violencia armada y para desarrollar políticas que aumenten sus posibilidades de inserción social.

Conceptos de Estados en colapso o en desintegración. La cuestión de los “Estados en desintegración”, concepto que se volvió común en la arena internacional, no fue hasta ahora objeto de una discusión amplia entre los científicos sociales latinoamericanos, que tienden a reaccionar (a veces de forma exaltada) ante esa idea, temiendo que abra camino a la intervención extranjera. Utilizan como principal argumento la demostración histórica de que casi todos los Estados latinoamericanos, pese a las crisis e insurrecciones, están solidamente establecidos. Por mejor fundamentado que esté, tal argumento no garantiza resultados futuros, ni enfrenta la cuestión de que el deterioro del sistema institucional en algunos países puede generar situaciones políticas pasibles de desencadenar reacciones (tal vez sobredimensionadas) de los Estados Unidos, desestabilizando naciones y creando, ahí sí, Estados en desintegración y colocando el conjunto de la región en crisis.

El problema de los Estados en desintegración, o en colapso, no se puede disociar de los problemas del desarrollo y de las políticas económicas.¹³ Al mismo tiempo, es resultado de consecuencias más complejas de la globalización: democratización de las expectativas, nuevas identidades colectivas y el colapso de los sistemas tradicionales de poder y autoridad.

Una de las fuentes de estabilidad de los Estados latinoamericanos es la relativa fortaleza de las identidades nacionales y la ausencia de conflictos religiosos y de separatismo étnico. Entre tanto, este último factor tal vez no permanezca como regla en algunos países andinos, donde las reivindicaciones étnicas se

12. Véase <www.vivario.org.br>. Consultado el 2 de noviembre de 2005.

13. Véase, sobre el asunto, Susan L. Woodward, “The State Failure Agenda: From Sovereignty to Development”, ms., 2004.

mezclan, algunas veces, con los intereses de la producción de drogas (aunque no se reduzca a esto) y que podrán llevar a situaciones de fragmentación nacional. A su vez, la democratización cultural y política – con la derrota del clientelismo, de la urbanización, de la individualización, y el progreso de los valores igualitarios – redujeron la tolerancia a la corrupción de los gobiernos, lo que produjo paradójicamente una creciente desconfianza hacia las instituciones democráticas y propició un espacio para los líderes populistas.

Los investigadores latinoamericanos podrían contribuir con más matices al concepto de “Estados en desintegración”, no centrándose solamente en los procesos por los cuales los Estados empiezan a decaer, sino intentando localizar dónde y cómo encuentran recursos que les permitan mantener la estabilidad y la cohesión social. Los investigadores sociales de América Latina poseen una sólida tradición de análisis sobre la construcción del Estado nacional, que considera los contextos institucionales y sociales, y evita de esta forma una simplificación excesiva en el análisis de los contextos internos, tan común en la literatura sobre las relaciones internacionales.

Estudios comparativos sobre la reforma de la policía y del poder judicial para garantizar un Estado de Derecho. Hace algunos años, hubo un período en el que los organismos internacionales apoyaban activamente la reforma de los sistemas judiciales latinoamericanos. En la época, se desarrolló un gran volumen de estudios sobre el asunto. La “moda” parece que ha pasado y el progreso en este campo empieza a perder impulso. Muchos de estos estudios no incorporaron el análisis del funcionamiento de las fuerzas de seguridad y de las relaciones complejas entre el sistema de seguridad, el poder judicial y la desigualdad social, que alimentan un círculo vicioso de corrupción e impunidad. Los exámenes periódicos de distintas experiencias latinoamericanas de reforma de la policía y del poder judicial podrán contribuir para asegurar un sistema jurídico efectivo y eficaz, que apunte a la garantía de los derechos humanos y a la consolidación del régimen democrático.

Prevención y resolución de conflictos. A lo largo de la última década, la diplomacia latinoamericana realizó importantes conquistas, especialmente en América Central. Sin embargo, todavía son escasos los centros de investigación y las ONG que se dedican al tema de mediación de conflictos y su aplicación a los problemas de seguridad pública. Lo mismo ocurre con los sistemas de monitoreo capaces de relacionar conflictos internos y violencia con su impacto sobre las instituciones democráticas y sus efectos a nivel internacional. Será necesario superar la tradición, que aún persiste en las ciencias sociales – y de manera abrumadora en las ONG –, que confunde análisis con denuncia de prácticas abusivas y entendimiento analítico con enfoque normativo.

Integrar la sociedad civil, las instituciones del hemisferio y las Naciones Unidas. La reforma del sector de seguridad deberá apoyarse con firmeza en el debate público y en las propuestas de la sociedad civil. Pero hay que reconocer también que la sociedad civil no está por encima de cualquier crítica. Algunas de sus instituciones han demostrado una actitud defensiva basada en la afirmación de principios abstractos y, al mismo tiempo, adoptan una actitud de oposición y enfrentamiento contra medidas de gobiernos legítimamente constituidos sin presentar propuestas alternativas o soluciones prácticas. De esta forma, no solo se indisponen con los organismos gubernamentales, sino que también se distancian de las expectativas de la mayoría de la población que se siente insegura y espera propuestas prácticas. Las ONG no pueden sencillamente denunciar las prácticas del Estado, deben intentar colaborar con los gobiernos en la democratización de las instituciones públicas y del sector de seguridad por medio del diálogo y de la implementación conjunta de proyectos.

Hay algunas cuestiones claves para aquellos que trabajan con seguridad humana en la región. ¿Cómo crear un diálogo entre el gobierno y la sociedad civil en torno de las cuestiones de seguridad? ¿Cómo expandir la cantidad y la calidad de trabajo de las organizaciones no gubernamentales en el sentido de reducir la violencia y reformar los sectores de seguridad? ¿Cómo divulgar las experiencias y promover intercambios, creando un foro de organizaciones regionales que actúen en el mismo campo?

Perfeccionar la investigación y el diálogo sobre las cuestiones relativas a las fronteras. Las cuestiones fronterizas y las regiones problemáticas integran otro campo que carece de investigaciones sólidas. El contrabando de armas no se puede disociar del que se realiza en pequeña escala (sobre todo en la región de la triple frontera, donde millares de personas contrabandean mercaderías todos los días, del Paraguay al Brasil y a la Argentina), lo que configura el principal factor de corrupción de los funcionarios aduaneros. Varios autores indican que ciertas regiones, en particular la Amazonia, se han convertido en espacios privilegiados para el tráfico de armas y de drogas, así como para la acción de grupos armados. La preocupación legítima con la soberanía del Estado – especialmente del Brasil en relación con la Amazonia – crea barreras muchas veces innecesarias para el desarrollo de estrategias de seguridad colectiva y mecanismos multilaterales. Será necesario intensificar los esfuerzos para perfeccionar el control aduanero y profundizar el diálogo entre los investigadores y las ONG dedicados a las cuestiones de seguridad, regiones fronterizas y derechos humanos, con la policía y las fuerzas armadas.

Traducido del portugués por Claudia Otero

ALBERTO BOVINO

Profesor de Derecho penal y procesal penal de la Universidad de Buenos Aires, y abogado del Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, Argentina. Máster en Derecho, Columbia University School of Law, Nueva York, Estados Unidos.

RESUMEN

En el procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando la Comisión Interamericana demanda a un Estado-parte en la Convención, la prueba se convierte en una cuestión central. Tanto la Convención como el Reglamento de la Corte se caracterizan por omitir el tratamiento de la actividad probatoria. Las particularidades que presenta su tratamiento han sido desarrolladas por la Corte jurisprudencialmente. En la jurisprudencia encontraremos los siguientes aspectos referidos a la actividad probatoria: (a) particularidades de la actividad probatoria en el sistema interamericano; (b) constitución de la prueba del caso; (c) carga de la prueba; (d) régimen de valoración probatorio; y (e) estándares para demostrar violaciones a la Convención. El tema es de crucial importancia, dadas las particularidades que presentan los casos de graves violaciones de derechos humanos. Tales particularidades han sido especialmente consideradas en los precedentes de la Corte. [Artículo original en español.]

PALABRAS CLAVES

Prueba – Valoración de la prueba – Sana crítica – Carga de la prueba – Estándares probatorios

LA ACTIVIDAD PROBATORIA ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Alberto Bovino

En el procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demanda a un Estado-parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la actividad probatoria es una cuestión central.¹

La relevancia de las medidas de prueba resulta manifiesta si atendemos a los capítulos de hechos y prueba de cualquier sentencia de la Corte Interamericana.² En su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha establecido principios y estándares sobre actividad probatoria. Dadas las particularidades que presenta el sistema desarrollado, en su mayor parte, jurisprudencialmente, consideramos que el tema merece ser analizado.

En la jurisprudencia de la Corte encontraremos los siguientes aspectos referidos a la actividad probatoria: (a) particularidades de la actividad probatoria en el procedimiento ante la Corte IDH; (b) constitución del acervo probatorio de un caso concreto; (c) carga de la prueba; (d) régimen de valoración de la prueba; y (e) estándares probatorios para demostrar violaciones de derechos protegidos en la Convención Americana.

1. En adelante, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizamos la Corte Interamericana, la Corte IDH; para la Comisión Interamericana, la Comisión o la CIDH; y para la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Americana, la Convención o la CADH.

2. En el caso Canese, por ejemplo, de los 229 párrafos de la sentencia, 23 estaban dedicados a la prueba (punto V, La prueba, párrafos 46-68), y 69 a los hechos (punto VI, Hechos probados, párrafos 1-69), lo que da un total de 92 párrafos dedicados a las cuestiones de hecho y prueba (40%). Véase Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004.

El tema es de crucial importancia, especialmente si tenemos en cuenta las particularidades que presentan los casos de graves violaciones de derechos humanos.

Singularidades

Las especificidades del derecho internacional de los derechos humanos se pueden apreciar en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia probatoria. Ellas, como veremos, estructuran un sistema probatorio con sus propias características. Así, se señaló que:³

135. La Corte no puede ignorar la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado-parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de desapariciones. Ello obliga a la Corte a aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta este extremo y que, sin perjuicio de lo ya dicho, sea capaz de crear la convicción de la verdad de los hechos alegados. (Subrayado nuestro.)

Como vemos, la gravedad intrínseca de toda violación de derechos humanos es tenida en cuenta como variable determinante del régimen probatorio. Por otra parte, en la misma oportunidad la Corte IDH destacó:⁴

138. El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos.

139. Esto, que es válido en general en los procesos internacionales, lo es más aún en los referentes a la protección de los derechos humanos.

140. En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.

En síntesis, se destaca la singularidad del derecho internacional en general y del derecho internacional de los derechos humanos en particular; se distingue entre derecho penal y responsabilidad internacional; se señala el objeto del derecho internacional de los derechos humanos.

3. Corte IDH, Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989.

4. Id.

Éstas son circunstancias que se deben tener en cuenta para comprender y regular la actividad probatoria en el procedimiento ante la Corte Interamericana:

70. En un tribunal internacional como es la Corte, cuyo fin es la protección de los derechos humanos, el procedimiento reviste particularidades propias que le diferencian del proceso de derecho interno. Aquél es menos formal y más flexible que éste, sin por ello dejar de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes.⁵

89. Con el fin de obtener el mayor número posible de pruebas, este Tribunal ha sido muy flexible en la admisión y valoración de las mismas, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia [...] El procedimiento establecido para los casos contenciosos ante la Corte Interamericana ostenta características propias que lo diferencian del aplicable en los procesos de derecho interno, no estando el primero sujeto a las formalidades propias del segundo.⁶

Por otra parte, se debe tener en cuenta que:

75. Finalmente, la Corte ha sostenido que [p]ara establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuye los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención. Además, también se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando éste no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso, sancionar a los autores de las propias violaciones.⁷

Es por eso que se puede leer, en el citado caso Paniagua Morales:

87. Igualmente, con respecto a los señores González Rivera y Corado Barrientos, la Corte considera que a su detención y muerte están vinculados agentes del Estado, sin importar que sean de la "G-2" (Inteligencia Militar) o de la propia Guardia de

5. Corte IDH, Caso Paniagua Morales y Otros. Sentencia de 8 de marzo de 1998.

6. Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

7. Corte IDH, Caso Villagrán Morales y Otros (Caso de los "Niños de la Calle"). Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Hacienda. Además, este caso fue incluido en las investigaciones del informe de la Policía Nacional que imputó responsabilidad a agentes del Estado.

Hasta aquí las peculiaridades de la actividad probatoria ante la Corte Interamericana. Se trata de graves violaciones a obligaciones internacionales, de un procedimiento singular que se caracteriza por su informalidad y alegadas diferencias con el derecho interno, y que no tiene por objeto la atribución de responsabilidad penal sino el logro de la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Este procedimiento protector de derechos humanos está regulado de manera tal de permitir el ingreso de la mayor cantidad posible de elementos de prueba con el objeto de determinar la verdad de lo sucedido. En este sentido, lo único relevante que debe ser probado es que la violación denunciada es atribuible a un poder público, sin tener necesidad de identificar a un autor concreto.

La prueba del caso

Si bien uno de los principios de la actividad probatoria es el principio de contradicción, y el procedimiento ante la Corte IDH, regulado en su Reglamento, es un procedimiento de partes, la prueba que es valorada en cada caso concreto se incorpora de un modo particular.

En primer lugar, el conjunto de elementos de convicción que serán incorporados a un caso concreto se integra con la prueba ofrecida por demandante y demandado:⁸

84. El Artículo 44 del Reglamento señala el momento procesal oportuno para la presentación de los elementos de convicción y su admisibilidad, a saber:

“1. Las pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son señaladas en la demanda y en su contestación y en su caso, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación.

“2. Excepcionalmente la Corte podrá admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervenientes en momento distinto a los antes señalados, siempre que se garantice a la parte contraria el derecho de defensa.”

[...]

86. Es importante señalar que en materia probatoria rige el principio del contradictorio. Este principio es uno de los fundamentos del Artículo 44 del Reglamento, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba con el fin de que haya igualdad entre las partes.

8. Caso de la Comunidad Mayagna, citado.

Así, las partes ofrecen su prueba en un marco contradictorio. Sin embargo, dada la especial naturaleza del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana posee amplios poderes con relación a la actividad probatoria, ya que puede ejercer facultades para producir e incorporar elementos de prueba de oficio, esto es, sin pedido de parte.⁹ En este sentido, el Artículo 45 del Reglamento de la Corte dispone:

En cualquier estado de la causa la Corte podrá:

- 1. Procurar de oficio toda prueba que considere útil. En particular, podrá oír en calidad de testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión estime pertinente.*
- 2. Requerir de las partes el suministro de alguna prueba que esté a su alcance o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil.*
- 3. Solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado. Mientras la Corte no lo autorice, los documentos respectivos no serán publicados.*
- 4. Comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen cualquier medida de instrucción.*

Así, por ejemplo, resolvió la Corte con la incorporación extemporánea de ciertos documentos por parte del Estado:¹⁰

112. [...] A pesar de que el Estado no hizo manifestación alguna sobre las razones que motivaron la presentación extemporánea de estos elementos probatorios y no acreditó, por tanto, las circunstancias excepcionales que justificarían su aceptación por la Corte, ésta estima que los mismos constituyen prueba útil en la medida que contienen información sobre los hechos examinados por lo que los incorpora al acervo probatorio con base en el Artículo 44.1 del Reglamento, y los valora como prueba circunstancial dentro del acervo probatorio, conforme al principio de la sana crítica.

Del mismo modo, se dispuso:¹¹

71. Los documentos suministrados por la Comisión durante la audiencia pública fueron exhibidos extemporáneamente. La Corte ha sostenido que la excepción

9. En ocasiones, la Corte usa estas facultades para producir prueba pedida por las partes a quienes ya le ha precluido la oportunidad de ofrecerla.

10. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

11. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

establecida en el Artículo 43 del Reglamento será aplicable únicamente en el caso de que la parte proponente alegue fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervenientes. Sin embargo, y a pesar de que la Comisión no acreditó dichas circunstancias en este caso, la Corte los admite por considerarlos útiles para la evaluación de los hechos, en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 44.1 del Reglamento.

En idéntico sentido, en relación con prueba solicitada por el tribunal, se sostuvo:¹²

58. Los documentos aportados durante la audiencia pública celebrada en el caso, tanto las copias de los documentos nacionales de identidad como las certificaciones de nacimiento y de guarda provisoria de Matías Emanuel y Tamara Florencia Bulacio, la Corte los agrega al conjunto probatorio como prueba para mejor resolver, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento.

Además, cabe señalar material probatorio adicional que también puede ser valorado a la hora de dictar sentencia:

98. El acervo probatorio de un caso es único e inescindible y se integra con la prueba presentada durante todas las etapas del procedimiento. Por esta razón, la prueba documental presentada por el Estado y la Comisión durante la fase de excepciones preliminares forma parte del acervo probatorio del presente caso.¹³

68. La Corte apreciará el valor probatorio de los documentos, declaraciones y peritajes presentados por escrito o rendidos ante ella. Las pruebas presentadas, durante todas las etapas del proceso han sido integradas a un mismo acervo probatorio, que se considera como un todo.¹⁴

Este principio es evidente. Se trata de prueba incorporada en la etapa contenciosa de audiencias orales ante la Corte Interamericana, y es natural que esos elementos de convicción puedan ser incorporados al conjunto de elementos de prueba a ser valorados en la sentencia. Lo mismo sucedería si se tratara de prueba presentada solicitando medidas provisionales.¹⁵

Por último, en una decisión poco acertada que contribuye a diluir el

12. Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

13. Caso de la Comunidad Mayagna, citado.

14. Caso Bulacio, citado.

15. Véase Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 68.

principio político de la inmediación – típico principio propio del juicio oral y contradictorio –, el inciso 2 del Artículo 44 del Reglamento de la Corte permite incorporar al expediente del trámite del caso ante la Corte lo siguiente: “Las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetir las”.

Esta regla es peligrosa, pues podría atentar contra la inmediación del procedimiento ante la Corte Interamericana. Si tenemos en cuenta que desde la entrada en vigencia del nuevo Reglamento la Corte tiene muchos más casos que antes, y que este órgano presiona a las partes del procedimiento, para que los testigos y peritos de los casos presenten su declaración por escrito y no presten declaración en el juicio, la regla analizada podría aumentar la tendencia a escriturizar un procedimiento que debería ser íntegramente oral.¹⁶

Hasta aquí el conjunto de elementos probatorios que integrarán el material que servirá de fundamento para establecer los hechos en disputa en un caso concreto. Veamos ahora las particularidades de la actividad probatoria en el marco de este procedimiento.

La carga de la prueba

La carga de la prueba de los hechos contenidos en la demanda está a cargo de la Comisión Interamericana,¹⁷ ya que ésta es la parte demandante:

128. Antes de examinar las pruebas recibidas, la Corte debe comenzar por precisar algunas cuestiones relacionadas con la carga de la prueba y los criterios generales que orientan su valoración y la determinación de los hechos probados en el presente juicio.

129. Dado que la Comisión es quien demanda al Gobierno por la desaparición de Saúl Godínez a ella corresponde, en principio, la carga de la prueba de los hechos en que su demanda se funda.¹⁸

16. Véase Alberto Bovino, *The Victim before the Interamerican Court of Human Rights*, (“Interights’ Bulletin”, Londres: The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, v. 14, 2002). Debe tomarse en cuenta, también, que los extensos plazos entre las diferentes etapas del proceso, la cada vez mayor importancia de los documentos, alegatos y declaraciones de testigos y peritos presentadas por escrito, también atentan contra la inmediación.

17. Desde la entrada en vigor del nuevo Reglamento de la Corte, el 1º de junio de 2001, la víctima, sus familiares o sus representantes tienen legitimación autónoma para intervenir y comparten la carga probatoria con la Comisión. Véase Artículo 23.1 del Reglamento de la Corte. Aquí haremos referencia a la carga probatoria de la Comisión, exclusivamente.

18. Caso Godínez Cruz, citado.

Sin embargo, diversas circunstancias morigeran el peso de ser responsable de la carga de la prueba. En primer término, se limitan las posibles defensas del Estado demandado. En un caso peruano en el cual desaparecieron varios internos de una prisión durante un motín, la Corte dijo:¹⁹

65. La Corte considera que no corresponde a la Comisión demostrar el paradero de las tres personas a que se refiere éste proceso, sino que, por la circunstancia de que en su momento los penales y luego las investigaciones estuvieron bajo el control exclusivo del Gobierno, la carga de la prueba recae sobre el Estado demandado. Estas pruebas estuvieron a disposición del Gobierno o deberían haberlo estado si éste hubiera procedido con la necesaria diligencia. La Corte en casos anteriores ha dicho:

[a] diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno. (Caso Velásquez Rodríguez, supra 63, párrs. 135-136; Caso Godínez Cruz, supra 63, párrs. 141-142).

Del mismo modo, en el caso Aloeboetoe la Corte eximió a la Comisión de demostrar mediante prueba documental la filiación e identidad de varias personas, pues la falta de dichos documentos se debía a negligencia estatal: “[...] Suriname no puede exigir entonces que se pruebe la filiación y la identidad de las personas mediante elementos que no suministra a todos sus habitantes en aquella región. Por otra parte, Suriname no ha ofrecido en este litigio suplir su inacción aportando otras pruebas sobre la identidad y la filiación de las víctimas y sus sucesores”.²⁰

Por otra parte, no siempre es necesario cumplir con la carga de probar todos los hechos invocados en la demanda, pues según el Reglamento de la Comisión, Artículo 39: “Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión conforme al Artículo 38 del presente Reglamento, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria”.

El Artículo 38.2 del Reglamento de la Corte agrega: “El demandado deberá declarar en su contestación si acepta los hechos y las pretensiones o si los

19. Corte IDH, Caso Neira Alegría y Otros. Sentencia de 19 de enero de 1995.

20. Corte IDH, Caso Aloeboetoe y Otros vs. Suriname. Sentencia de 10 de septiembre de 1993, párrafo 64.

contradice, y la Corte podrá considerar como aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas”. Es por ello, por ejemplo, que la Corte pudo realizar las siguientes consideraciones:²¹

67. En este caso el Estado no controvertió directamente los hechos alegados por la Comisión ni las imputaciones de violación de los Artículos 7, 4 y 5 de la Convención Americana y de los Artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura. Tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos finales Guatemala concentró su defensa en el argumento de que los hechos del caso habían sido investigados por los tribunales internos, los cuales habían emitido al respecto un conjunto de decisiones – incluida una sentencia de la Corte Suprema – que no pueden ser discutidas por otros órganos públicos, en virtud del principio de la independencia de la judicatura.

68. Al respecto, la Corte considera, como ya lo ha hecho en otros casos, que cuando el Estado no contesta la demanda de manera específica, se presumen como verdaderos los hechos sobre los cuales guardó silencio, siempre que de las pruebas existentes se puedan inferir conclusiones consistentes sobre los mismos [...].

En síntesis, si bien la carga de la prueba recae sobre los demandantes, existen situaciones en las cuales tal carga le es impuesta al Estado, y otras circunstancias en las cuales la carga desaparece, pues se presume – por falta de oposición del Estado – que los hechos invocados son ciertos.

La valoración de la prueba

Sistemas de valoración de la prueba

El proceso de valoración de la prueba es el método a través del cual se evalúan los distintos elementos de convicción válidamente incorporados al proceso para tomar una decisión sobre los hechos. Es un análisis razonado de los elementos de convicción, sujeto a ciertas reglas que lo organizan. Existen tres sistemas tradicionales de valoración de la prueba:

- **Íntima convicción:** este sistema se funda en la inexistencia de reglas establecidas *a priori* que atribuyen valor probatorio a los elementos de prueba y, además, en la inexistencia del deber de fundar los motivos de la decisión y del proceso de valoración. Sólo se requiere que el juzgador informe sobre la conclusión fáctica a la cual ha llegado, sin explicar cómo lo ha hecho. Es el sistema clásico que utilizan los procedimientos con jurados.

21. Caso Villagrán Morales y Otros, citado.

- Prueba legal: “La ley regula minuciosamente las condiciones, positivas o negativas, que deben reunirse para alcanzar cierta convicción (número de testigos, cantidad de indicios, confesiones, etc.), con lo cual queda determinada la decisión sobre la reconstrucción del hecho, transformada así en una operación jurídica”.²²
- Sana crítica: El sistema se caracteriza por la ausencia de reglas abstractas de reglas de valoración probatoria. Exige la fundamentación de la decisión, con la explicitación de los motivos que la fundan, la mención de los elementos de convicción que se tuvieron en cuenta y cómo fueron valorados. La fundamentación de la valoración debe ser racional, respetar las reglas de la lógica, de la psicología, de la experiencia y del correcto entendimiento humano. “Este método deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad, y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común”.²³

De los tres sistemas, el de la sana crítica es, sin duda, el mejor de ellos cuando se trata de decisiones de tribunales integrados por juristas. Ello es así, pues éste es el método más idóneo para desarrollar la actividad probatoria y evaluar el valor de convicción de los resultados de esa actividad utilizando mecanismos racionales y las facultades analíticas del juzgador. Además, el sistema permite, en el ámbito interno, el control recursivo.

No se trata, como sucede en el sistema de prueba legal o prueba tasada – propio del sistema inquisitivo –, de un método rígido, utilizado para asignar un valor legalmente determinado a cada clase de medio probatorio. Se trata, por el contrario, de un método que no predetermina el valor de convicción de las distintas piezas probatorias, sino que establece pautas generales, propias del correcto razonamiento humano, aplicables a todo elemento probatorio.

Éste es el método que, con ciertas inconsistencias, es utilizado por la Corte según lo afirmado en sus propias decisiones. Más allá de ello, la Corte, con alguna excepción, distingue entre el sistema de valoración de su procedimiento respecto del que se utiliza en el derecho interno.

El sistema adoptado por la Corte

En cuanto a la valoración probatoria, la Corte ha adoptado un sistema *sui generis* que aplica de manera consistente en los casos contenciosos. Según las

22. Martín Abregú, “La sentencia” in AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico* (Buenos Aires: Del Puerto, 1993), p. 207.

23. Id., *ibid.*, p. 209.

manifestaciones explícitas de la Corte, ésta ha adoptado un sistema de valoración probatoria más amplio y menos formal que el del derecho interno. El régimen es el de la sana crítica.

La Corte ha afirmado esta circunstancia en sus propias decisiones:²⁴

76. En conclusión, todo tribunal interno o internacional debe estar consciente que una adecuada valoración de la prueba según la regla de la “sana crítica” permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados.

[...].

81. La Corte concede valor indiciario o circunstancial a los numerosos informes policiales previos que sirvieron para elaborar el definitivo; éstos contienen interrogatorios, declaraciones, descripciones de lugares y hechos, prácticas de ley como las relativas al levantamiento de cadáveres de las víctimas, además de otros datos. Estos informes policiales previos son útiles en el presente caso porque, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, permiten llegar a formar la convicción sobre los hechos; con mayor razón en estas situaciones de secuestros y de muerte violenta, en las cuales se procura borrar toda huella que delate a sus autores.

Como veremos, una cosa es lo que la Corte dice y otra es lo que la Corte hace realmente al valorar los elementos de convicción sobre los que funda las premisas fácticas de sus resoluciones. El sistema aplicado por la Corte se caracteriza por utilizar **dos métodos diferentes** para valorar la prueba.

Cuando se trata de elementos de prueba que no han sido controvertidos, objetados o impugnados por las demás partes, la Corte suele, como regla: (a) considerarlos válidos; (b) incorporarlos al acervo probatorio; y (c) considerar probado el hecho que el elemento de prueba tiende a demostrar.

Así, en el caso Suárez Rosero la Corte estableció que:²⁵

30. La declaración de la testigo señora Carmen Aguirre y el informe pericial del doctor Ernesto Albán Gómez tampoco fueron objetados por el Estado y, por ello, la Corte tiene por probados los hechos declarados por la primera, así como las consideraciones que, sobre el derecho ecuatoriano, hizo el perito. (Subrayado nuestro.)

En este sentido, la Corte Interamericana recurre a un principio dispositivo, dando valor probatorio a aquellos elementos de convicción no impugnados por las partes, sin entrar a preocuparse demasiado por el valor de convicción del cuadro probatorio.

A estos elementos de convicción se les otorga valor probatorio no por un

24. Caso Paniagua Morales, citado.

25. Corte IDH, Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de Noviembre de 1997.

análisis de su valor intrínseco, ni por su concordancia con el resto del cuadro probatorio. En realidad, su valor convictivo no depende de las reglas de la sana crítica, sino de la falta de impugnación de la contraparte. Queda claro, entonces, que los elementos de prueba no impugnados por las partes tienen valor probatorio por el simple consentimiento de la contraparte que reconoce su valor de convicción.

En estos supuestos, la Corte Interamericana deja de lado el régimen de la sana crítica y se limita a tener en cuenta las eventuales facultades de impugnar la prueba de la contraparte de los contendientes del procedimiento.

Aplicación de la sana crítica

En otras ocasiones, la Corte sí aplica estrictamente el sistema de la sana crítica. Pero la aplicación de este método de valoración, que debería aplicarse respecto de todos los elementos de convicción que integran el cuadro probatorio, se limita a un par de casos determinados.

En efecto, la Corte recurre a los criterios de evaluación propios de la sana crítica frente a impugnaciones u objeciones de las partes, o cuando el elemento de convicción acarrea problemas intrínsecos que lo tornen poco fiable o creíble.

Así, por ejemplo, es una constante el tratamiento que ha dado la Corte respecto a la valoración de declaraciones de testigos que podrían tener algún interés en la causa:

32. La Corte considera plenamente aplicable a los testimonios de los señores Margarita Ramón de Suárez y Carlos Ramón lo que ha declarado reiteradamente en su jurisprudencia, de acuerdo con lo cual el eventual interés que dichas personas pudiesen tener en el resultado de este proceso no les descalifica como testigos. Además, sus declaraciones no fueron desvirtuadas por el Estado y se refirieron a hechos de los cuales los declarantes tuvieron conocimiento directo, por lo cual deben ser aceptadas como prueba idónea en este caso.

33. Respecto de las declaraciones del señor Rafael Iván Suárez Rosero, la Corte estima que, por ser él presunta víctima en este caso y tener un posible interés directo en el mismo, su testimonio debe ser valorado dentro del conjunto de pruebas de este proceso.²⁶

75. Por lo que hace a la declaración del señor Ivcher Bronstein, la Corte estima que por tratarse de la presunta víctima y tener un interés directo en el presente caso, sus manifestaciones no pueden ser valoradas aisladamente, sino dentro del conjunto de

26. Caso Suárez Rosero, citado.

*las pruebas del proceso. Sin embargo, se debe considerar que las manifestaciones del señor Ivcher tienen un valor especial, en la medida en que puede proporcionar mayor información sobre ciertos hechos y presuntas violaciones cometidas en su contra. Por ende, la declaración a la que se hace referencia se incorpora al acervo probatorio con las consideraciones expresadas.*²⁷

Es que si no se los tratara así, no tendría sentido que declaren. Lo que sí resulta necesario es conocer los posibles intereses en la resolución de la causa que puede tener quien declara para tener dicha variable en cuenta a la hora de valorar sus dichos.

En este punto, resulta interesante señalar que la Corte Interamericana aplica las reglas de la sana crítica del mismo modo que se aplican en el derecho interno.²⁸ Más allá de las manifestaciones de la jurisprudencia internacional, no se percibe la distinción supuestamente sustancial que la Corte señala entre derecho internacional y derecho interno en referencia a la valoración de la prueba.

Sin embargo, es posible reconocer una particularidad en este sentido en el derecho internacional. Nos referimos a la práctica de conceder un alto valor probatorio a ciertos elementos de convicción frente a la ausencia de pruebas adicionales o corroborantes respecto de un hecho o circunstancia determinados. Esta práctica, aceptada en el derecho internacional, no resulta adecuada al régimen de la sana crítica de la justicia penal – por el alto estándar probatorio que se debe verificar para imponer una condena –, pero sí resulta absolutamente apropiada para el derecho internacional, en especial en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

Objeto del proceso

Esta singularidad en el tratamiento de la actividad probatoria por parte de la Corte está dada por la práctica que permite alterar el objeto fáctico que debe ser probado en el procedimiento para establecer la responsabilidad internacional del Estado.

En este sentido, la Corte ha dispuesto respecto a las prácticas de desapariciones forzadas que resulta posible probar la imputación de una manera singular. Así, la Corte ha aceptado:²⁹

27. Caso Ivcher Bronstein, citado.

28. Son los hechos que generan responsabilidad penal personal y responsabilidad internacional los que son profundamente diferentes. Ello no impide que el régimen de valoración de la prueba pueda ser aplicado de manera prácticamente idéntica en ambos contextos jurídicos.

29. Caso Godínez Cruz, citado.

130. El argumento de la Comisión se basa en que una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el Gobierno, tiene como verdadero propósito el encubrimiento y la destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma. Cuando la existencia de tal práctica o política haya sido probada, es posible, ya sea mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, demostrar la desaparición de un individuo concreto, que de otro modo sería imposible, por la vinculación que ésta última tenga con la práctica general.

[...]

132. La Corte no encuentra ninguna razón para considerar inadmisibles el enfoque adoptado por la Comisión. Si se puede demostrar que existió una práctica gubernamental de desapariciones en Honduras llevada a cabo por el Gobierno o, al menos, tolerada por él y si la desaparición de Saúl Godínez se puede vincular con ella, las denuncias hechas por la Comisión habrían sido probadas ante la Corte, siempre y cuando los elementos de prueba aducidos en ambos puntos cumplan con los criterios de valoración requeridos en casos de este tipo.

En el caso del ejemplo, lo normal hubiera sido que la parte demandante se viera obligada a demostrar, esencialmente, la desaparición concreta de la víctima.

Con la perspectiva aceptada por la Corte, en cambio, el objeto a ser demostrado se desplazó hacia dos circunstancias: (a) las prácticas sistemáticas de desapariciones; y (b) cierta relación entre la desaparición denunciada y dichas prácticas.

Independientemente de cuáles medios de prueba utilicemos para considerar probados esos hechos – v. gr., testigos, peritos, documental –, lo cierto es que se han modificado los hechos a ser probados.

Contenido de la sana crítica

En aquellos casos en que la Corte aplica el régimen de la sana crítica, recurre a todo tipo de elementos de convicción. Así, ya en sus primeras sentencias la Corte ha sostenido:³⁰

135. La Corte no puede ignorar la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado-parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de desapariciones. Ello obliga a la Corte a aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta este extremo y que, sin perjuicio de lo ya dicho, sea capaz de crear la convicción de la verdad de los hechos alegados.

30. Caso Godínez Cruz, citado.

136. *La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.*

137. *La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas.*

Como se puede apreciar, todas las clases de pruebas que se proponen también son utilizadas en el ámbito interno. Lo que no nos queda claro es qué designa la Corte con el término “presunciones”. Se entiende por presunción, en sentido genérico, considerar un hecho incierto y no demostrado como verdadero por la comprobación cierta de un hecho autónomo.

De acuerdo con Palacio, existen presunciones legales y presunciones judiciales. Las presunciones legales (*iuris tantum e iure et de iure*) están definidas normativamente, mientras que las presunciones simples o judiciales “se encuentran libradas, en cambio, al criterio del juez, cuyas conclusiones no se hallan sujetas a reglas preestablecidas, sino que deben ser fijadas de acuerdo con los principios de la sana crítica”.³¹

En este último supuesto, no sólo estas presunciones simples o inferencias, realizadas racionalmente, son absolutamente válidas sino que, además, son propias del régimen de la sana crítica.

En cualquier procedimiento penal en el ámbito interno, por ejemplo, resulta difícil, sino imposible, demostrar directamente – ante la inexistencia de una confesión – todos y cada uno de los elementos de la imputación.³² Por este motivo, diversos elementos se infieren del cuadro probatorio mediante el análisis integral del caso. Circunstancia tales como el dolo, los motivos para delinquir, etc., no suelen ser objeto de pruebas directas sino de inferencias realizadas a partir de otras cuestiones que han sido efectivamente probadas.

Por lo demás, el resto de elementos de convicción enunciados por la Corte en los párrafos transcriptos también son de uso generalizado cuando se aplica el régimen de la sana crítica.

31. Lino E. Palacio, *Manual de derecho procesal civil* (6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986), pp. 598 y siguiente.

32. Piénsese, por otro lado, que la materia probatoria, si se han planteado excepciones, incidentes y nulidades, por ejemplo, comprenderá un sinnúmero de cuestiones fácticas ajenas a la imputación.

Conclusiones

Como bien dice la Corte en sus sentencias, el régimen general de valoración de la prueba propio de su procedimiento es singular y diferente de aquél del ámbito interno.

La diferencia más notoria, quizá, es la práctica de la Corte Interamericana de reconocer pleno valor probatorio a los elementos de prueba no impugnados por las partes. En este aspecto, el principio dispositivo que se utiliza hace depender el valor de convicción de los elementos de prueba de la voluntad de las partes. Si las partes no impugnan, se elude el análisis que define al régimen de la sana crítica.

Cuando se trata de elementos de convicción poco confiables o que han sido impugnados, la Corte aplica la sana crítica, atendiendo al valor de convicción intrínseco del elemento probatorio y a su eventual concordancia con el resto del cuadro probatorio. En este proceso, en ocasiones atribuye valor de convicción a ciertos elementos de prueba que podrían ser cuestionados o escasos frente a la orfandad de otros elementos de convicción.

Por lo demás, debemos señalar que el método de valoración probatoria aplicado por la Corte recurre a prueba directa, prueba circunstancial, indicios, prueba indirecta e inferencias. En este aspecto, el régimen de la sana crítica utilizado por la Corte no se distingue del que se utiliza en el ámbito interno.

Por último, debemos señalar que el objeto fáctico que debe ser probado se halla determinado por las peculiaridades del derecho internacional de los derechos humanos y los requisitos de la responsabilidad internacional. Se debe tener en cuenta, además, que los estándares probatorios requeridos para establecer la responsabilidad internacional del Estado son diferentes a los del derecho interno.

Estándares probatorios

Como hemos visto, el régimen de sana crítica adoptado por la Corte Interamericana no se distingue del de los Estados parte. Sí se distingue, en vez, el estándar probatorio propio del derecho internacional de los derechos humanos. Entendemos por “estándar probatorio” el grado de convicción que hay que dar por verificado para considerar probado un hecho en un momento procesal determinado. Así, por ejemplo, el Artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación (Argentina) requiere de “motivo bastante” para citar a prestar declaración indagatoria.³³

Pero estos estándares probatorios son independientes del régimen de valoración de los medios de convicción. Se podría establecer el estándar de semiplena prueba y llegar a él a través de diversos sistemas de valoración probatoria.

33. El Artículo 306, CPP Nación, por su parte, exige “elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste” para dictar el procesamiento.

Por otra parte, no es cierto que el régimen internacional sea menos formal en cuanto a la valoración probatoria que el del derecho interno. En realidad, el régimen de la sana crítica, en cuanto a la valoración de la prueba, parece funcionar de idéntica manera en los dos ámbitos jurídicos. Esto es, es tan informal la sana crítica de la Corte Interamericana como la de los tribunales de los Estados parte.

Lo que sí es propio del derecho internacional de los derechos humanos por sus particularidades son ciertos estándares probatorios más bien laxos. Sin embargo, la Corte ha insistido con la informalidad en el **proceso de valoración de la prueba**:³⁴

96. Con respecto a las formalidades requeridas en relación con el ofrecimiento de prueba, la Corte ha expresado que “el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [...] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica”.

97. En un tribunal internacional como es la Corte, cuyo fin es la protección de los derechos humanos, el procedimiento reviste particularidades propias que le diferencian del proceso de derecho interno. Aquél es menos formal y más flexible que éste, sin que por ello deje de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes. Lo anterior permite al Tribunal una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante él sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia.

Si bien algunos precedentes sólo hacen referencia a la valoración, otros ponen las cosas en una perspectiva más acertada y se refieren a la informalidad en el proceso de **incorporación y valoración**:³⁵

89. Con el fin de obtener el mayor número posible de pruebas, este Tribunal ha sido muy flexible en la admisión y valoración de las mismas, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia. Un criterio ya señalado y aplicado con anterioridad por la Corte es el de la ausencia de formalismo en la valoración de la prueba. El procedimiento establecido para los casos contenciosos ante la Corte Interamericana ostenta características propias que lo diferencian del aplicable en los procesos de derecho interno, no estando el primero sujeto a las formalidades propias del segundo.

90. Es por ello que la “sana crítica” y el no requerimiento de formalidades en la admisión y valoración de la prueba, son criterios fundamentales para valorar ésta, la cual es apreciada en su conjunto y racionalmente.

34. Caso Bámaca Velásquez, citado.

35. Véase, por ejemplo, el caso de la Comunidad Mayagna, citado.

Para ser francos, creemos que no puede sostenerse que una disminución de formalidades en la adquisición de la prueba redundará en un proceso menos formalizado de valoración. El proceso de valoración seguirá siendo el mismo, lo único que variará es el acervo probatorio, no el régimen de valoración.

En los casos de desapariciones, la Corte ha desarrollado un estándar específico. Como hemos visto, a falta de pruebas directas, basta con probar la existencia de una práctica sistemática de desapariciones u otras violaciones a los derechos humanos, más la conexión entre la desaparición denunciada y dicha práctica.³⁶

El estándar probatorio es laxo, pero no por la dificultad de conseguir pruebas más contundentes, sino, en todo caso, por las peculiaridades del derecho internacional de los derechos humanos. Su fin consiste en proteger a los seres humanos de acciones del Estado. Atribuir responsabilidad al Estado exige menos requisitos que atribuir responsabilidad penal personal.

De allí la existencia de estándares probatorios más laxos, no por la informalidad del régimen de valoración de la prueba, sino por el objeto y fin de esta rama del derecho. Como ya hemos visto, ni siquiera es necesario individualizar al agente estatal responsable del acto lesivo, basta con verificar que se trataba de un agente del Estado-parte.

Resabios inquisitivos

Confusión entre medio de prueba y valor probatorio

Independientemente de las manifestaciones de la Corte Interamericana, y partiendo de la base de que uno de los dos métodos que utiliza para valorar la prueba es el de la sana crítica, es posible detectar algunos resabios de cultura inquisitiva en los precedentes de la Corte.

Como ya hemos visto, el sistema de la sana crítica desvincula las reglas para incorporar un medio de prueba del procedimiento de las reglas acerca de cómo valorar su peso probatorio.

En el caso *Bámaca Velásquez*, los demandantes quisieron introducir las declaraciones verbales de una persona que habían sido registradas en una videocinta. La Corte opinó:

103. Al respecto la Corte considera que la videocinta que contiene el testimonio de Nery Ángel Urizar García, aportada por la Comisión como prueba documental, carece de valor autónomo, y el testimonio, que es su contenido, no puede ser admitido por no haber cumplido sus requisitos de validez como son la comparecencia del testigo ante el

36. Caso *Godínez Cruz*, citado.

Tribunal, su identificación, juramentación, control por parte del Estado y posibilidad de interrogatorio por parte del juez.

Aquí la Corte cometió dos errores. En primer lugar consideró como un testimonio lo que claramente era una **prueba documental**. En efecto, no se trata, de ningún modo, de una declaración testimonial, pues las afirmaciones de una persona acerca de algún hecho o circunstancia que conoce sólo es una declaración testimonial cuando se presta en el marco de un procedimiento, ante algún órgano público autorizado para recibirla y, además, si la declaración se realiza bajo juramento. Ninguno de esos requisitos existe en este supuesto. Finalmente, es evidente que estas entrevistas no se realizaron en el marco de un procedimiento. La doctrina señala, en este sentido, otra diferencia esencial entre la declaración testimonial y la prueba documental: “Emilio Betti [...] observa que ‘la distancia cronológica entre el acto y el efecto representativo, diferencia la prueba documental de la testimonial’, en lo que tiene razón, porque al juez se le lleva el documento con posterioridad a su formación y, en cambio, el efecto representativo del testimonio lo percibe el juez en el momento de su recepción”.³⁷

El documento es el resultado de un acto humano, pero en sí mismo es una cosa o un objeto. No es un acto representativo en sí mismo, como lo es la declaración de un testigo – o la confesión – que es apreciada directamente por el tribunal, sino una cosa u objeto que sirve para representar un hecho.

Los casetes y el video son prueba documental del mismo modo que lo es una entrevista publicada en un diario, una entrevista emitida por televisión, una carta en la que una persona afirma algún hecho que permite incriminar a otra persona – o también a sí misma. En este sentido, se afirma:³⁸

El documento es un medio de prueba indirecto, real, objetivo, histórico y representativo [...]; igualmente, unas veces puede contener una confesión extrajudicial y otras una especie de declaración testifical de terceros... pero es siempre un acto extraprocesal, en sentido estricto. [...] El documento [...] tiene un contenido probatorio, que, en el proceso al cual se presenta, puede ser confesorio (si su autor es parte en ese proceso y el hecho documentado lo perjudica o favorece a la parte contraria) o testimonial (en los demás casos); pero ese documento es un medio de prueba autónomo y no un simple testimonio ni una confesión. Por este motivo existen importantes diferencias entre aquél y éstos. (Subrayado nuestro.)

Cuando una o más personas deciden documentar un acto, no rinden “un testimonio extrajudicial de contenido confesorio, sino crean un documento y

37. Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*. (6. ed., Buenos Aires: Zavallia, 1988), t. 2, p. 494.

38. Id. *ibid.*, t. 2, pp. 501, 502 y 503.

documentan ese acto, con su naturaleza probatoria autónoma, no obstante su carácter representativo-declarativo y el significado testimonial o confesorio de su contenido. Si ese documento es invocado, en un futuro proceso, por una parte que es ajena al mismo, en su beneficio, es todavía más claro que no se trata de un testimonio de un tercero, porque sólo es verdadero testimonio el rendido en un proceso.

Pero el error más grave que cometió la Corte fue rechazar la admisibilidad del documento, sobre la base de que no era una declaración testimonial. Los dichos de una persona pueden ingresar a un procedimiento de múltiples maneras. Si bien la más común es a través del propio testimonio de esa persona, hay muchísimas maneras para que ingrese esa información. Así, por ejemplo: (a) declaración de otro testigo; (b) grabación de audio o video; (c) informes escritos.

Sin embargo, la Corte no sólo se equivocó considerando que una entrevista en un video era una declaración testimonial sino que, además y especialmente, la conclusión que de allí derivó fue más incorrecta aún, pues impidió el ingreso del medio de prueba como prueba documental, que era lo que realmente representaba.

Lo terrible, por lo demás, es la automática conexión que establecieron entre falta de coincidencia con los requisitos de un medio de prueba incorrecto – testimonial –, y la absoluta imposibilidad de que la prueba sea declarada admisible y, en consecuencia, valorada.

Llama la atención, pues es reiterada jurisprudencia de la Corte que las notas de prensa, si bien no son prueba documental – que también lo son, más allá de su valor probatorio –, ingresan al caso y son valoradas conforme a los criterios de la sana crítica.³⁹

Indicios

En el marco del sistema de la sana crítica, los distintos **medios de prueba**⁴⁰ – peritaje, documental, testimonial, reconocimientos, careos – sólo se diferencian de los demás respecto de las reglas que organizan su incorporación al procedimiento. Sin embargo, en cuanto a su peso probatorio, los diferentes medios de prueba tienen, en principio, idéntico valor.

39. Caso Ricardo Canese, citado: “65. En cuanto a los documentos de prensa presentados por las partes, este Tribunal ha considerado que aún cuando no tienen el carácter de prueba documental propiamente dicha, podrían ser apreciados cuando recojan hechos públicos y notorios, declaraciones de funcionarios del Estado o corroboren aspectos relacionados con el presente caso”.

40. “Medio de prueba es, en el procedimiento, el acto procesal, regulado por la ley, por intermedio del cual se introduce en el proceso un elemento de prueba, su contenido eventual (la declaración testimonial, el dictamen pericial, el documento).” Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal argentino* (Buenos Aires: Hammurabi, 1989), t. 1b, pp. 579 y siguiente.

En el régimen de la sana crítica, todos y cada uno de los medios y elementos de prueba⁴¹ introducidos válidamente al proceso son “indicios”, en el sentido de que ellos “indican” cierto grado de probabilidad de que el hecho atribuido sea cierto o no lo sea. Ningún medio o elemento de prueba tiene un valor predeterminado, ni la capacidad de probar “plenamente” el hecho, ni mayor valor que los demás. Su valor de convicción dependerá del valor probatorio del medio de prueba y no de la circunstancia de que muchos medios de prueba tienen más valor de convicción que otros.

El tribunal es libre para apreciar cada elemento probatorio y establecer su valor de convicción, en tanto brinde los motivos racionales en que se funda su apreciación y esos motivos o razones respeten las reglas de la sana crítica.

En el marco del sistema de la sana crítica, todos y cada uno de los medios y elementos probatorios son, en realidad, indicios. En muy pocas ocasiones un elemento de prueba, considerado aisladamente, tiene la capacidad de demostrar directa y fehacientemente los distintos elementos fácticos que componen el objeto procesal.

Es posible que en algunos casos, por supuesto, una sola pieza probatoria permita la demostración directa y fehaciente de un elemento del objeto procedimiento. Por ejemplo, una autopsia prueba ineludiblemente que la víctima está muerta. Sin embargo, se debe admitir que aun en aquellos casos en que existan testigos presenciales, subsistirá la necesidad de probar elementos adicionales para verificar todos los presupuestos de la responsabilidad internacional.

Si dejamos de lado los medios técnicos de registración o investigación, por otra parte, y atendemos a la relevancia que la prueba testimonial tiene en la generalidad de los casos, comprenderemos más acabadamente la racionalidad del sistema. Las investigaciones empíricas y la experiencia indican inequívocamente la escasa confiabilidad que merecen, en ocasiones, las declaraciones testimoniales.

Al mismo tiempo, también es cierto que existen buenos y malos testigos. Por este motivo, sólo las reglas de la sana crítica permiten la consideración individualizada de cada declaración testimonial concreta, en sí misma, o un elemento de prueba, para que sea el juzgador quien realice un juicio sobre la credibilidad, confiabilidad y valor probatorio de cada declaración, según sus particulares características.

En esta consideración individualizada el juzgador debe atender al contenido del elemento de prueba en sí y, también, confrontarlo con el resto del cuadro probatorio. En la jurisprudencia de la Corte, se recurre a la confrontación, según parece, cuando el elemento de convicción, por algún motivo, no resulta del

41. El “elemento de prueba es el dato, el rastro o señal, contenido en un medio de prueba ya realizado, que conduce, directa o indirectamente, a un conocimiento cierto o probable del objeto del procedimiento”. Id., *ibid*, p. 579.

todo creíble. Por ejemplo, si se trata del testimonio de la víctima. Así, se dice que la Corte utiliza la fórmula “deben ser valoradas dentro del conjunto de pruebas de este proceso”⁴² cuando se enfrenta con algún problema que puede afectar la credibilidad del testigo. Pero esta confrontación, según las reglas de la sana crítica, debe llevarse a cabo con cada elemento probatorio, y no sólo con los problemáticos.

En síntesis, la Corte ha desarrollado una jurisprudencia que, al enunciar los principios, suena razonable. Pero, en la práctica, cuando valora concretamente los elementos de prueba, parece recurrir a algunos elementos del sistema de prueba tasada.⁴³

Conclusiones

La actividad probatoria constituye una actividad central en los procedimientos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los cuales se demanda a un Estado-parte por la violación de uno o más derechos garantizados en la Convención Americana.

Tal actividad, por otra parte, presenta singularidades propias del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente debido al objeto y fin de esta rama del derecho.

Respetando el principio de contradicción, los elementos de prueba que ingresan a un caso concreto son aquellos ofrecidos por las partes en la demanda y en su contestación, respectivamente; los elementos de convicción relevantes ingresados en otras etapas procesales, y las pruebas que puede incorporar de oficio la Corte.

Los modos de incorporación de medios de prueba son más informales que los de los procedimientos del derecho interno. El criterio rector que informa la actividad probatoria es el descubrimiento de la verdad acerca de la probable violación de uno o más derechos garantizados en la Convención Americana.

La actividad probatoria presenta algunas singularidades propias del derecho internacional de los derechos humanos. Criterios tales como la gravedad de la violación, la necesidad de reparar el daño causado por la violación, el objeto procesal que consiste en atribuir responsabilidad internacional distinguen al procedimiento ante la Corte de otros procedimientos propios del derecho interno.

Este procedimiento protector de derechos humanos está regulado de manera

42. Véase Corte IDH, Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998, párrafo 46.

43. La Corte ha dicho: “62. El Tribunal constata que los dictámenes de los peritos Máximo Emiliano Sozzo y Emilio García Méndez fueron aportados al proceso a través del escrito que los recogió... Tal como lo ha hecho en otras ocasiones, la Corte no dará a esta pieza procesal carácter de plena prueba, sino que apreciará, su contenido dentro del contexto del acervo probatorio y aplicando las reglas de la sana crítica” (subrayado nuestro). Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina, citado.

tal de permitir el ingreso de la mayor cantidad posible de elementos de prueba con el objeto de determinar la verdad de lo sucedido. En este sentido, lo único relevante que debe ser probado es que la violación denunciada es atribuible a un poder público, sin tener necesidad de identificar a un autor concreto.

El tratamiento de la carga de la prueba también presenta singularidades. En principio, la carga de probar los hechos objeto de la demanda corresponden a la Comisión.

Sin embargo, esta carga se ve morigerada por dos vías diferentes. En primer lugar, en ocasiones se releva al demandante de la carga probatoria si los medios de prueba son inaccesibles para él por estar en poder o a disposición del Estado. En esos casos, se exime al demandante de probar uno o más hechos o circunstancias.

En segundo término, si el Estado no controvierte los hechos objeto de la demanda estos se consideran ciertos, por aplicación de una presunción reglamentaria.

En todo lo relacionado a la valoración de la prueba existe un vacío normativo, pues ni la Convención ni los Reglamentos hacen mención al tema. Por ello, ha sido el desarrollo jurisprudencial el que ha dado forma al sistema vigente.

El sistema de valoración probatoria adoptado por la Corte Interamericana es el de la sana crítica. Si bien se ha señalado en la jurisprudencia que el régimen de valoración es diferente al del derecho interno, por ser más informal, éste funciona exactamente igual a aquél.

La Corte considera que posee absoluta libertad en cuanto a la valoración probatoria. Sin embargo, aplica, en lo sustancial, el régimen de la sana crítica, y valora prueba directa, prueba circunstancial y prueba de indicios, con las inferencias indispensables para fundar los hechos necesarios para dictar sentencia. Sin embargo, la Corte, al valorar la prueba, incurre en algunas prácticas propias del sistema de prueba tasada.

El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana se caracteriza por un estándar probatorio poco exigente para demostrar la responsabilidad internacional del Estado demandado.

La laxitud de este estándar probatorio no tiene relación alguna con el régimen de valoración de la prueba, y se vincula con el objeto y el fin del derecho internacional de los derechos humanos.

En el caso de las desapariciones, la Corte ha desarrollado un estándar específico que requiere la prueba de una práctica sistemática de desapariciones y cierta relación entre el hecho denunciado y dicha práctica.

Para finalizar, es posible señalar que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana referido a la actividad probatoria en el procedimiento contencioso es bastante consistente. También cabe indicar que la adopción de un régimen de sana crítica para valorar los elementos de convicción aún arrastra prácticas propias de un sistema de prueba legal.

NICO HORN

Director Ejecutivo del Centro de Documentación y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Namibia y editor de *Namibian Online Human Rights Journal*.

RESUMEN

¿En qué coinciden las pequeñas Islas Murray – en el Estrecho de Torres, a lo largo de la costa de Australia, con menos de 9 km² de extensión – y Namibia? Ciertamente no es en la geografía, tampoco en la historia de la ocupación. Sin embargo, ambos pueblos comparten una historia de sumisión a un poder colonial y aunque se les haya permitido permanecer en su tierra ancestral, jamás se les informó que habían sido colonizados. Gracias a una demanda promovida por el pueblo de las Islas Murray, en el llamado “caso Mabo”, por fin se abandonó una de las más antiguas justificativas para la ocupación de tierras habitadas, la norma conocida como *terra nullius*. El ejemplo del caso Mabo posibilitó que el programa de reforma agraria de Namibia fuera visto bajo una nueva perspectiva, por lo menos en las regiones centro y sur del país. La Constitución de Namibia garantiza derechos de propiedad privada. Sin embargo, la idea de que pueda existir más de un derecho sobre una propiedad está presente tanto en el *common law* como en la legislación del país. En este artículo, el autor presenta el proceso en el que se adoptan diversas estrategias para llegar al objetivo final: la justa distribución de la tierra a todos los pueblos de Namibia, de forma que contribuya con la paz, la prosperidad y la estabilidad. [Artículo original en inglés.]

PALABRAS CLAVES

Derechos a la tierra – Derechos coloniales – *Res nullius* – La cuestión agraria en Namibia – El genocidio de los hereros

EDDIE MABO Y NAMIBIA: REFORMA AGRARIA Y DERECHOS PRECOLONIALES A LA POSESIÓN DE LA TIERRA

Nico Horn

Las acciones y los eventos por medio de los cuales se puso en práctica la teoría jurídica de la desapropiación componen el aspecto más sombrío de la historia de esta nación. La nación como un todo permanecerá desvalorizada mientras no exista un reconocimiento de las injusticias del pasado y su retractación. En esas circunstancias, no cabe duda que la Corte tiene el deber de reexaminar las dos cuestiones. Por razones que ya he presentado, tal reexamen impone el rechazo de ambas. Las tierras de este continente no eran *terra nullius* o “prácticamente no ocupadas” en 1788. La propiedad de la Corona en el territorio de New South Wales estaba, bajo el *common law* que pasó a vigorar a partir del establecimiento de la colonia, en 1788, delimitada o restringida por el derecho consuetudinario de propiedad de las tribus y de los clanes aborígenes a las áreas en que vivían ellos o utilizaban para fines tradicionales.¹

Las pequeñas Islas Murray, conocidas por sus habitantes como Islas Mer, están ubicadas en el Estrecho de Torres, a lo largo de la Costa de Queensland, en Australia. Con su área de menos de 9 km², ¿qué pueden tener en común con Namibia? Ciertamente no es la geografía, o la historia de la ocupación. Al contrario de las sangrientas guerras de los colonizadores alemanes contra los hereros y namas, no se disparó ningún tiro cuando el gobierno de Su Majestad, en Queensland, asumió las Islas Murray como colonia del Imperio Británico, en 1879.

1. Los jueces Deane y Gaudron en Eddie Mabo y Otros vs. el Estado de Queensland, decisión del Tribunal Superior de Australia, FC 92/014, proferida el 2 junio de 1992, ítem 9.

El gobernador de Queenstown ya ejercía algún poder sobre las islas desde 1870, aunque no formaran parte de la colonia. En 1878, la Reina Victoria firmó Cartas de Privilegio, incluyendo las islas que los ingleses denominaron Murray (así como otras del Estrecho de Torres) a la colonia de Queenstown. Y el pueblo meriam, que vivía allí, tomó conocimiento de su nueva condición de súbditos británicos en septiembre de 1879.

Según la legislación colonial de la época, cuando un territorio se convertía en parte de los dominios de la Corona, las leyes de Inglaterra, siempre que se pudiera ajustarlas a las condiciones coloniales, pasaban a regir en el territorio. Fue lo que ocurrió en las Islas Murray. Su Majestad se hizo propietaria absoluta de todas las tierras ubicadas en aquel lugar. Ni el pueblo meriam, ni los isleños tenían cualquier derecho sobre ninguna tierra del territorio: sólo la Corona tenía el poder de conferir posesión o propiedad a quienesquiera que fuera.²

Por otro lado, la ocupación de Namibia, al contrario de lo que ocurrió en las Islas Murray, fue un acto sangriento. Tal como en la mayoría de los países africanos, las fronteras de Namibia han sido definidas por las potencias coloniales europeas a fines del siglo XIX. Antes de la ocupación alemana, la población de Namibia se resumía a cerca de doce tribus de costumbres muy distintas, y la autoridad de los reyes tribales se imponía sobre áreas vagamente demarcadas.

Entre 1884 y 1890, Namibia se extendía desde el Río Orange, en la frontera meridional con África del Sur, hasta los ríos Kunene y Okavango, al norte; y desde el Océano Atlántico al oeste, hasta el paralelo 21, al este. Más tarde, las autoridades coloniales alemanas obtuvieron una franja de tierra que acompaña el Río Zambeze. La Bahía de Walvis no formaba parte de Namibia, ya que había sido ocupada por Gran Bretaña.

Las sociedades misioneras europeas iniciaron sus trabajos en Namibia en la década de 1840. Pero fue a partir de 1890 que las fuerzas alemanas emprendieron

2. Principio confirmado por los tribunales de la Corona durante más de un siglo, empezando por el caso de la Procuraduría General vs. Brown (1847), 1 Legge 312, y confirmado sistemáticamente a lo largo de los años. Véase R. vs. Kidman (1915) 20 CLR 425; Liquidators of Maritime Bank of Canada vs. Receiver-General (New Brunswick, 1892), AC 437; Commonwealth vs. New South Wales (1923) 33 CLR 1.

3. Véase Mabo y Otros vs. Queensland (n. 2, 1992) 175 CLR 1 F.C. 92/014, ítem 20: "Sin que nos detengamos en una investigación acerca de las bases jurídicas para el 'sistema de autogobierno' instituido por Douglas o para la jurisdicción del Tribunal de la Isla, a lo que todo indica, el pueblo meriam terminó acatando pacíficamente el control por parte de las autoridades de Queensland y los funcionarios del gobierno de Queensland se acostumbraron a ejercer su autoridad administrativa sobre las Islas Murray. La anexión formal se siguió al ejercicio efectivo del poder administrativo del gobierno de Queensland".

una vigorosa cruzada para sujetar a las tribus nativas, resultando en el exterminio de 75% de la población herero, y de 50% de los *namas* y *damaras*.

Los dos pueblos tienen, por lo tanto, una historia común de sumisión a un poder colonial. La autoridad británica sobre los *merians*, en Queensland, permitió que continuasen viviendo en la tierra ancestral, sin haberles informado jamás que habían sido colonizados, bajo el pretexto de que estaba presente para ayudar a la población.³ La dominación colonial impuesta por los alemanes a los *namibios* estaba decidida a expulsar a los hereros de su tierra natal, o a exterminarlos.⁴

Los dos pueblos también compartieron los efectos resultantes de la interpretación frecuente de la ley occidental, en el sentido de negarles sus derechos a la tierra ancestral. En la determinación de los derechos de propiedad, poco importaba si la tierra había sido ocupada, cedida o conquistada.⁵ Según la lógica del derecho colonial del siglo XIX y principios del siglo XX, toda “tierra no descubierta”, o sea, aquella donde los europeos no se habían establecido, era considerada *res nullius*. Era irrelevante el hecho de haber sido ocupada previamente por un pueblo nativo.

Por más arrogante que suene la mentalidad colonial del siglo XIX, tiene lógica clasificar la tierra inhabitada como *res nullius*, por lo menos en el contexto jurídico. Sin embargo, no tiene ninguna lógica considerar *res nullius* la tierra habitada desde hacía siglos. Para darle sentido a tal despropósito, los juristas debieron conferirle al término una definición que trascendiese la claridad y la lógica de su significado. Inicialmente, se amplió el término para incluir el suelo no cultivado por los habitantes nativos.⁶ Pero ni esa definición se aplicaba a los pueblos de Namibia o al de las Islas Murray, ya que en ambos casos el suelo sí había sido cultivado.⁷

Otros filósofos teorizaban con base en el presupuesto de la supremacía de

4. El decreto del General Lothar von Trotha es muy conocido: “El pueblo herero tendrá que dejar el país. De lo contrario, deberé forzarlos con el uso de armas. Cada herero encontrado dentro de las fronteras alemanas, armado o desarmado, con bienes semovientes o no, será muerto. No aceptaré más mujeres ni niños. Los mandaré de regreso a su pueblo – en caso contrario, daré órdenes para que los ejecuten. Firmado: el Gran General del Poderoso Imperador, von Trotha”.

5. E. Evatt, “The Acquisition of Territory in Australia and New Zealand”, en *Grotian Society Papers* (1968), p. 16.

6. Véase E. de Vattel, *The Law of Nations*, Libro I, pp. 100-101 (edición original, 1797). Véase también Castles, *An Australian Legal History* (1982), pp. 16-17, citado en el caso Mabo, ítem 33.

7. Se trata de argumento utilizado con frecuencia en Namibia. Véase Horn, *Land Claims and History* (conferencia no publicada proferida en Seis Farmers Community) en marzo de 2003. Sin embargo, aunque la tierra no estuviera cultivada en el sentido occidental del término, los pueblos herero y *nama* eran conocidos por la cría de ganado, una actividad, por cierto, exitosa.

las naciones europeas sobre los territorios de las naciones atrasadas.⁸ Esa teoría se revistió de moralidad por parte de los juristas, que llamaban la atención para los beneficios que el cristianismo, la cultura y la civilización les aportarían a esos pueblos atrasados.⁹

Ya en la primera mitad del siglo XIX, los filósofos de derecho cuestionaban la moralidad que pudiera existir en matar, masacrar y destruir las comunidades locales, para después clasificar sus territorios como *res nullius*.¹⁰ No era posible la reconciliación entre los ideales morales de cristianizar y civilizar a los pueblos atrasados de África y el edicto perverso y sádico del General von Trotha.

Sin embargo, por más ilógica que la teoría parezca, le dio origen a otra ficción jurídica en el derecho británico colonial: todas las tierras coloniales adquiridas por los súbditos de las potencias europeas pertenecían al soberano o a la Corona del reino colonial. Los tribunales determinaron, además, que tal posesión debería incluir tanto la titularidad sobre la tierra como el gobierno soberano. Es decir, tras la colonización, independientemente de la forma, el soberano europeo se convertía en señorío político y propietario *de facto* de todas las tierras del país. También significaba que el punto de partida del representante del soberano era una tábula rasa, como si las tierras incorporadas fueran, de hecho, *res nullius*. En consecuencia, sólo se consideraban válidos los derechos de propiedad reconocidos por el soberano. Y, como norma, sus representantes sólo otorgaban títulos de propiedad a colonos europeos.¹¹

Durante más de un siglo, los tribunales británicos y coloniales persiguieron la ficción del poder y de la titularidad supremas en los países colonizados.¹²

8. Véase Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law* (1926), capítulos III y IV, citados por el juez Brennan en *Mabo y Otros vs. Estado de Queensland*, op. cit., ítem 47.

9. *Johnson vs. McIntosh* (1823) 8 Wheat 543, p. 573 (21 US 240, p. 253).

10. J. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1830), 17. ed., Libro II, cap. 1, p. 7: “[...] desde que se restrinja al pastoreo y al cultivo de países desiertos, manteniéndose estrictamente en los límites de la ley de la naturaleza. Pero, hasta qué punto la captura de países ya poblados y la expulsión o masacre de nativos inocentes e indefensos sólo porque difieren de sus invasores en idioma, religión, costumbres, gobierno o raza; hasta qué punto tal conducta era condeciente con la naturaleza, la razón o el cristianismo, merece ser evaluado por aquellos que inmortalizaron sus nombres al civilizar de esa forma la humanidad”.

11. Véase en *Attorney-General vs. Brown* un ejemplo de cómo lidiaban los tribunales controlados por los británicos con los desafíos a la autoridad de la Corona sobre las tierras en sus colonias.

12. Véase *New South Wales vs. Commonwealth* (1975) 135 CLR 337; *Wade vs. New South Wales Rutile Mining Co. Pty. Ltd.* (1969) 121 CLR 177; y *Randwick Corporation vs. Rutledge* (1959) 102 CLR 54, para detalles sobre juicios referentes al caso *Attorney-General vs. Brown*.

A pesar de Inglaterra haber ocupado y administrado la Bahía de Walvis como parte de sus colonias surafricanas, no hubo un sólo caso de reivindicación por parte de los nativos namibios contra Inglaterra en los tribunales de África del Sur.¹³ Tal vez el caso que más se acerque al de Namibia sea el de Rodesia del Sur, en 1919.¹⁴ En ese proceso, la justicia, tal como los tribunales de otras partes de la Comunidad Británica, se han basado en la premisa de la irreconciliabilidad de los sistemas tribal y colonial:

*Determinar hasta dónde llegan los derechos de las tribus aborígenes es una tarea inherentemente ardua. Algunas tribus ocupan una posición tan baja en la escala de la organización social que no hay forma de conciliar sus costumbres y sus concepciones de derechos y deberes con las instituciones, o con los principios jurídicos de la sociedad civilizada. No hay forma de transponer tal abismo. Sería inútil imputarle a esos pueblos cualquier sombra de los derechos reconocidos por nuestra legislación, para después trasmutarla en la esencia de lo que entendemos por derechos transferibles de propiedad.*¹⁵

En consecuencia, la cuestión no era exactamente la de saber si los pueblos nativos tenían derecho a la tierra, sino si tales derechos se acercaban a lo que el derecho británico definía como tierra y como posesión. Si, por cualquier motivo, los pueblos nativos no pasasen la segunda parte de esa prueba, no tendrían derecho a la tierra. A los demandantes les perjudicaba, especialmente, el hecho de poseer una organización social tan precaria “que no había forma de conciliar sus costumbres y sus concepciones de derechos y deberes con las instituciones, o con los principios jurídicos de la sociedad civilizada. No hay forma de transponer tal abismo”.

Los tribunales superiores rechazaron la reivindicación de los demandantes, que afirmaban ser “propietarios de tierras no enajenadas mucho antes de que la Compañía o la Corona se importaran con ellas y desde tiempos inmemoriales [...] y que las tierras no enajenadas todavía les pertenecían”, pues la manutención de tales derechos era incompatible con la ocupación por parte de los blancos y

13. J. Sarkin, “La consolidación de los reclamos de reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidos en el Sur” (*SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos* n. 1, São Paulo, 2004), pp. 96-97, enfatiza que apenas en 2001, once años después de la independencia de Namibia, la Herero People’s Corporation puso la primera demanda que se remitía al período colonial, contra el Deutsche Bank, Terex Corporation y Woermann Line por las atrocidades resultantes de la ley colonial.

14. *In re Southern Rhodesia* (1919) AC 211.

15. *Id.*, pp. 233-234.

con el sistema que había llevado al desarrollo del país. Como resultado, el sistema aborigen fue sustituido por otro.¹⁶

La irreconciliabilidad de los derechos de los nativos con la noción jurídica de derecho de propiedad occidental prevaleció como estándar, especialmente en el *common law* británico y en la legislación colonial, durante más de un siglo.

Los precursores de Mabo

Mientras los tribunales de la Comunidad Británica prácticamente ignoraron los cambios radicales en las relaciones internacionales, iniciadas con la formación de las Naciones Unidas tras la Segunda Guerra Mundial, y que cobraron ímpetu con la independencia de las colonias africanas y asiáticas en los años 50 y 60, el derecho internacional dio sus primeros pasos para evaluar el significado de la descolonización.

El Tribunal Superior de Australia reconoció el derecho internacional, en particular la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Sahara Occidental.¹⁷ En este caso, el voto mayoritario definió el concepto de *terra nullius* como un territorio que no pertenece a nadie,¹⁸ y que sólo en ese caso podría haber una ocupación jurídicamente válida, además de los casos de cesión o sucesión.¹⁹

En el caso Mabo, el juez Brennan resume la decisión del caso del Sahara Occidental en la siguiente forma (ítem 40):

Sean cuales fueren las divergencias de opinión entre los juristas, la práctica del Estado, en el período en cuestión, señala que los territorios habitados por tribus o pueblos con alguna organización social y política no eran considerados terra nullius. Muestra, en el caso de esos territorios, que la obtención de la soberanía no era en general considerada como efectuada de forma unilateral mediante la “ocupación” de la terra nullius, con titularidad original, sino por medio de acuerdos establecidos con gobernantes locales. Es verdad que a veces el término “ocupación” fue utilizado en su sentido no técnico, denotando simplemente la adquisición de soberanía. Sin embargo, no significó que la obtención de la soberanía por intermedio de tales acuerdos con las autoridades locales fuera considerada la “ocupación” de una “terra nullius”, en el sentido estricto de ese

16. Id., *ibid.*

17. *International Criminal Justice Review* (ICJR, 1975).

18. Véase también *Legal Status of Eastern Greenland*, P.C.I.J., Series A/B, n. 53, pp. 44 y 63.

19. *International Criminal Justice Review* (ICJR, 1975), *op. cit.*, p. 39.

término. Al contrario: tales acuerdos con gobernantes locales, independientemente de ser considerados una “cesión” real del territorio, eran considerados como derivados de raíces de titularidad, y no como derechos de propiedad originales obtenidos por la ocupación de una terra nullius.

Los jueces fueron unánimes en la decisión de que el Sahara Occidental no era *res nullius* al ser ocupado por España, en 1884.²⁰

El juicio en el caso Mabo

Con un voto divergente, los siete magistrados del Tribunal Superior de Australia decidieron a favor de la parte reclamante. Eddie Mabo había fallecido antes del juicio, pero el derecho a las Islas Murray fue otorgado a los otros dos demandantes, representantes del pueblo meriam. Sus títulos específicos de propiedad deberían ser determinados según las leyes o costumbres tradicionales.²¹

No es importante para los propósitos de este artículo presentar todos los detalles del juicio. La esencia del proceso consiste en el reconocimiento, por parte del Tribunal Superior de Australia, de que los derechos de los aborígenes sobre las tierras precoloniales no sólo sobrevivieron al colonialismo, sino que son impuestos por la ley. A medida en que el juez Brennan, que redactó el voto mayoritario, confió plenamente en la evolución del derecho internacional, la sentencia fue tajante cuanto a la ejecutabilidad de esos derechos en los tribunales municipales de Australia.

Tal como se mencionó anteriormente, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Sahara Occidental ejerció un papel decisivo en la argumentación del tribunal. Más interesante aún es el hecho de que dos jueces reconocieran separadamente la evaluación positiva del

20. *Idem*, p. 86.

21. La sentencia establece: “(1) que las tierras de las Islas Murray no pertenecen a la Corona en la interpretación del término en S. 5 de la Ley de Tierras de 1962-1988 (Q.); (2) que el pueblo de las Islas Murray detiene el derecho, oponible contra el resto del mundo, de poseer, ocupar, utilizar y disfrutar la Isla de Mer, excepto en el área arrendada a los Fiduciarios del Consejo Australiano de Misiones y los pequeños lotes de tierra (si existentes) que fueron válidamente apropiados para uso y fines administrativos, siendo tal uso incompatible con la fruición continua de los derechos y privilegios del pueblo meriam en los términos del derecho de propiedad nativo; (3) que el derecho de propiedad del pueblo meriam está sujeto al poder del Parlamento de Queensland y al poder del Gobernador en el Consejo de Queensland para extinguir el derecho por el ejercicio válido de sus respectivos poderes, siempre y cuando cualquier ejercicio de tales poderes no sea incompatible con las leyes de la Comunidad Británica”.

vicepresidente Ammoun.²² El vicepresidente Ammoun se había referido en forma afirmativa a uno de los argumentos de las partes en el sentido de que la esencia de los derechos de los pueblos nativos a la tierra está en el vínculo espiritual y “ancestral entre la tierra, o la ‘madre naturaleza’, y el hombre generado en ella y que a ella permanece ligado, y debe un día volver a ella para reunirse con sus ancestrales”.²³ Y prosiguió:

Eso corresponde a negar el propio concepto de terra nullius en el sentido de una tierra de la que alguien no generado por ella puede apropiarse. Se trata de la condena del concepto moderno, definido por Pasquale Fiore, que considera terra nullius los territorios habitados por poblaciones cuya civilización, en el sentido del derecho público de Europa, es atrasada, y cuya organización política no fue creada con base en las normas occidentales.

La importancia del caso del Sahara Occidental está en la exclusión de la posibilidad de considerar *terra nullius* la tierra habitada con base en criterios técnicos o en alguna prueba de civilización. Según el juez Brennan, si el derecho internacional no corrobora el concepto de *terra nullius* como tierra habitada, entonces también se deben abandonar las doctrinas desarrolladas por la justicia para defenderlo. La posición en el caso de Rodesia,²⁴ considerando que los pueblos nativos están “tan bajo en la escala de la organización social” que es imposible otorgarles el derecho de propiedad en los términos de la legislación occidental, obviamente no se alinea al derecho internacional. El *common law* no es estático y, ya en el pasado, acompañó la evolución del derecho internacional; por lo tanto, nada lo impide de corregir el pensamiento ilógico del pasado.²⁵

Los jueces Deane y Gaudron llamaron la atención para el hecho de que, incluso según la conservadora jurisprudencia de la Comunidad Británica, al menos algunos derechos de propiedad de los pueblos nativos no sólo resultaron reconocidos, sino también protegidos por el nuevo poder colonial.²⁶

Así, en In re Rodesia del Sur,²⁷ el Consejo Privado reconoció explícitamente que existen “derechos de propiedad privada”, como el interés en la propiedad de la

22. Ítem 40 y 41 del voto del juez Brennan y ítem 19 del voto del juez Toohey.

23. ICJR, 1975, op. cit., pp. 85-86.

24. *In re Southern Rhodesia* (1919) AC, pp. 233-234.

25. Voto del juez Brennan, ítem 41.

26. Jueces Deane y Gaudron, ítem IV.

27. (1919) AC 211, p. 233.

tierra, de una categoría tal, que “se puede presumir en una conquista, que, en ausencia de confiscado expreso o de una ley de desapropiación subsiguiente, tales derechos hayan sido respetados por el conquistador, absteniéndose de cualquier acción para restringirlos o modificarlos”. Por analogía, en Amodu Tijani vs Secretario, Nigeria del Sur (“Amodu Tijani”),²⁸ el Consejo Privado afirmó y utilizó el principio “común”, “en los términos de la ley británica [...]”, según el cual “se (deben) respetar totalmente los derechos de propiedad de los habitantes” en los casos de ocupación por cesión.

Aunque no se haya prestado el pleno reconocimiento del derecho a la titularidad, sino bajo la forma de ocupación usufructuaria, la Corona respetó tales derechos. En el caso *Adeyinka Oyekan vs Musendiku Adele*,²⁹ el Consejo Privado declaró que los tribunales en las colonias partían de la suposición de que la Corona respetaría los derechos de propiedad de los nativos y los indemnizaría por las tierras desapropiadas.

Asimismo, el tribunal consideró algunas restricciones a lo que comprendía por titularidad nativa, pero a efectos de este artículo no es necesario escudriñar los detalles. Sin embargo, tales derechos conferidos a los pueblos nativos de las colonias británicas tenían poca importancia, ya que les era prácticamente imposible defender tales derechos en los tribunales.³⁰ No obstante, esos derechos no eran completamente irrelevantes para los magistrados:³¹

La incapacidad práctica de los habitantes nativos de una colonia británica de defender cualquier titularidad en los términos del common law por medio de acciones legales, en el caso de amenaza o contravención real por parte de la Corona o de sus agentes, no significa, empero, que el reconocimiento de ese derecho por el common law sea irrelevante desde el punto de vista práctico. Los derechos personales a la titularidad no eran ilusorios: podrían, por ejemplo, ser asegurados por medio de defensa, tanto en procesos penales como civiles (por ejemplo, el supuesto hurto de productos, la usurpación posesoria tras alegada extinción del derecho por la Corona, por medio de simple aviso, se distingue de una otorga inconsistente u otra negociación). Es de suma importancia observar que si la ley interna de una colonia británica reconociera y protegiera las reivindicaciones legítimas de los habitantes nativos por sus territorios

28. (1921) 2 AC 399, p. 407.

29. (1957) 1 WLR 876, p. 880.

30. Ítem VI del voto de los jueces Deane y Gaudron.

31. *Id.*, ítem 30.

tradicionales, el mismo hecho restringiría, en cierta forma, las acciones de la Corona y de sus agentes, aunque los habitantes nativos estuvieran esencialmente desamparados, que su titularidad hubiera sido erróneamente extinguida, o que su posesión o su usufructo fueran encerrados con violencia.

Los jueces Deane y Gaudron evaluaron lo que denominaban Desapropiación de los Habitantes Originales.³² Su voto, tras analizar la desapropiación histórica de los aborígenes y su exclusión del Parlamento británico, se basó en la teoría de que, según la ley, New South Wales era *terra nullius* al ser ocupada en 1788, y no se le aplicaba cualquier titularidad nativa.

El caso Mabo es importante para los pueblos nativos destituidos de sus tierras en las antiguas colonias europeas en todo el mundo. Básicamente, por una razón: el Tribunal Superior de Australia no sólo reconoció los significativos avances en favor de la justicia obtenidos por el derecho internacional, sino que alteró, de hecho, el *common law* australiano, alineándolo a los principios internacionales de justicia. En ese proceso, hubo que renunciar a la regla de *terra nullius*, una de las más antiguas justificativas para la ocupación de tierras habitadas.

Además, el hecho de reconocer la existencia de derechos precoloniales a la posesión de la tierra hizo posible que los que habían sido destituidos de sus tierras defendieran sus derechos en los tribunales. Por consiguiente, no sirven más como justificativa para el no reconocimiento de los derechos precoloniales, las teorías racistas que introdujeron cuestiones y conceptos del derecho occidental, como la categoría del “derecho a la propiedad privada”; o la idea de que “los nativos están en una posición tan baja en la escala de la organización social que no hay forma de conciliar sus costumbres y sus concepciones de derechos y deberes con las instituciones, o con los principios jurídicos de la sociedad civilizada”.³³

Críticas al proceso Mabo³⁴

El proceso Mabo no permaneció sin respuesta, y son familiares para los estudiosos de Namibia las críticas que ocasionó. Cooray considera que fue más bien un edicto que una decisión judicial. Galligan también acusa al Tribunal Superior

32. Id., ítem X.

33. Véase (1919) AC 211.

34. Este capítulo se basa en el artículo de L. Cooray, “The High Court in Mabo – Legalist or L’égotiste” (1992). Disponible en el sitio <www.users.bigpond.com/smartboard/mabo/index.htm>. Consultado en 28 de octubre de 2005.

de formular leyes, pero añade que, en realidad, siempre lo hizo.³⁵ Cooray compara los resultados del caso Mabo al *apartheid*:

Eso resulta análogo a las tristemente afamadas homelands de África del Sur. Pero habrá diferencias respecto a la experiencia surafricana, en el sentido de que los habitantes de los territorios de Australia radican sobre los vastos recursos económicos y de minería. El suelo agrícola productivo y las áreas ricas en minerales estaban fuera de las homelands sudafricanas. En Australia, los beneficiarios serán una pequeña minoría y los excluidos serán la gran mayoría del pueblo. En el apartheid de África del Sur, los beneficiarios eran una pequeña minoría y los excluidos constituían la vasta mayoría.

Marchant critica a los jueces y los acusa de ser deshonestos con la historia.³⁶ Se preocupa principalmente ante la posibilidad de que una decisión relativa a un grupo de hacendados de las Islas Murray llegue a ser aplicable a los pueblos aborígenes del continente australiano.

Brunton reproduce la visión típicamente paternalista en que el pueblo nativo debería ser agradecido por la desapropiación, ya que los conquistadores aportaron las ventajas de la civilización occidental.³⁷

¿Cómo vivirían los aborígenes si Australia no hubiera sido conquistada? ¿Su situación económica sería mejor? ¿Serían superiores la ley y las costumbres tribales a la mezcla de common law y ley escrita que prevalece actualmente? ¿Habrían desarrollado la tierra de la misma forma? El sentido común y la lógica me hacen contestar negativamente a las tres últimas preguntas.

Cooray argumenta que el abordaje constitucional contemplado por el juez Brennan³⁸ les confiere a los magistrados una función más política que jurídica.

35. B. Galligan, "The Power of Seven" (*The Weekend Australian*, 17-18 julio 1993).

36. L. Marchant, *Law of Nations and European Annexation of Australia* (1993), del manuscrito inédito de libro a publicarse, citado por B. Galligan, op. cit. (no verificado por el autor).

37. R. Brunton, "Mabo and Reconciliation" (*IPA Review*, vol. 46, n. 2, 1993).

38. Juez F. Brennan, "The High Court of Australia in Mabo AMEC Leederville" (trabajo inédito, presentado en Canberra el 16 jul. 1992 durante una Conferencia sobre Derechos Humanos y mencionado en P. Connolly & S. Hulme, 1993, citado por Cooray, 1992, op. cit.). El juez alegó que una Declaración de Derechos y Garantías incluiría a los tribunales en el proceso político como nueva fuerza dominante. "Una vez definido el derecho, el tribunal debe pesar el interés colectivo contra el derecho individual. Se trata de una cuestión política, pero una Declaración de Derechos y Garantías pretende convertir el debate político en jurídico y considerar cuestiones políticas y morales a la luz de la justicia".

La crítica parece revelar que los opositores a la decisión del caso Mabo temían que los derechos de los actuales detenedores de la propiedad (al fin de cuentas, todos blancos) fueran afectados por la decisión y que pudieran llegar a ser, finalmente, desapropiados. Como los aborígenes constituyen una minoría pobre en Australia, tales temores parecen ser infundados y prácticamente imposibles para un observador de Namibia. Sin embargo, si el Tribunal Superior de Namibia llega a aplicar algo semejante, el temor por una apropiación no justa sin duda podrá amenazar a los hijos e hijas de los colonos europeos.

Namibia y Eddie Mabo

La Constitución de Namibia garantiza el derecho a la propiedad privada.³⁹ El gobierno siempre se comprometió a cumplir la Constitución en cualquier programa de reforma agraria. Sin embargo, no siempre el debate transcurrió en un ambiente de mutua aceptación de *bona fides*. Una de las principales razones puede ser el hecho de adoptar el gobierno una premisa muy específica, en el sentido de que la reforma agraria debería tener como objetivo la devolución a los habitantes originales de las tierras que están actualmente en poder de los blancos.

Lo muestra la entrevista de Sam Nujoma, presidente de Namibia, a Baffour Ankomah, editor de la revista *New African*. Nujoma afirma que los estadounidenses y británicos introdujeron principios constitucionales “para favorecer los intereses de los colonizadores blancos que, ‘por las buenas o por las malas’, habían adquirido y ocupado el territorio de Namibia durante el período colonial”. El presidente prosiguió insistiendo en que la cláusula de la espontaneidad [*willing buyer/willing seller*] establecida por la Constitución, jamás estuvo alineada con el plan político de la SWAPO [South West African People’s Organization] para lidiar con la cuestión agraria.

Por otro lado, los hacendados blancos hicieron hincapié en sus derechos constitucionales en los términos del Artículo 16. Sin embargo, ninguna de

39. El Artículo 16 tiene la siguiente redacción: “(1) Todo individuo tendrá derecho, en cualquier parte de Namibia, a adquirir, poseer y vender todos los tipos de bienes muebles o inmuebles, individualmente o asociado a terceros, y legarle sus bienes a sus herederos o legatarios, con la salvaguardia de que el Parlamento podrá, por ley, prohibir o reglamentar a su criterio el derecho a adquisición de bienes por individuos que no sean ciudadanos de Namibia. (2) El Estado o un órgano competente o autorizado por ley podrá desapropiar una propiedad en favor del interés público, mediante el pago de una compensación justa, según los requisitos y procedimientos que determine la Ley aprobada por el Parlamento”.

las partes trató de ubicar, hasta ahora, sus puntos de partida en el contexto histórico. Para el gobierno, hablar de los habitantes originales de la tierra es referirse a un pueblo anteriormente desfavorecido. A su vez, los hacendados blancos no han hecho jamás cualquier esfuerzo para considerar que puedan existir otros derechos sobre sus propiedades.

En Namibia, la posibilidad de que exista más de un derecho sobre una misma propiedad no es un concepto nuevo en el *common law*, tampoco en el derecho legislado. Por ejemplo, se pueden restringir los derechos de un hacendado sobre sus tierras, por un contrato de arrendamiento vigente en la ocasión de la compra.⁴⁰ Los derechos de minería no están incluidos entre los derechos de un propietario de tierras agrícolas.

El ejemplo del caso Mabo permite analizar el programa de reforma agraria desde una perspectiva diferente, al menos en las regiones central y meridional del país. No voy a discutir si la guerra entre los alemanes y los hereros fue un acto de genocidio.⁴¹ Para los objetivos de este artículo, se puede decir que Namibia, tal como el Sahara Occidental, no era *terra nullius* cuando hubo la ocupación alemana. Además, acepto a esta altura que las evidencias confirman los derechos de propiedad de los pueblos herero y nama en la época de la ocupación alemana.⁴²

Si se logra demostrar los derechos de los hereros y namas, por lo menos a algunas partes del territorio, el debate puede desarrollarse en otro nivel, lo que permite identificar los pueblos que sufrieron bajo las reglas coloniales. Según el vicepresidente Ammoun, de la Corte Internacional de Justicia, ellos pueden ser reconocidos por los hacendados blancos, actuales propietarios de las tierras o hasta por el gobierno, que en última instancia decidirá el futuro de las tierras, como personas que poseen “vínculos ancestrales con la tierra, o ‘madre naturaleza’, y el pueblo generado en ella y que a ella permanece ligado, y debe un día volver a ella para reunirse a sus ancestrales”.⁴³

40. El dicho del *common law*, “*huur gaat voor koop*” (el arrendamiento prevalece sobre la compra), se cumple en la forma debida por los tribunales de Namibia.

41. Conuerdo en gran parte con un trabajo de J. Sarkin aún no publicado: aunque no se conociera en 1904 el término genocidio, se pueden evaluar los actos de las fuerzas alemanas y las comunicaciones del comandante, General L. von Trotha, a partir de la definición que se ha vuelto parte del derecho internacional. Véase también el artículo ya citado (Sarkin, 2004); y M. Hinz “One Hundred Years Later: Germany on Trial in the USA – The Herero Reparations Claim for Genocide” (*Namibian Human Rights Online Journal*, vol. 1, n. 1, 2003).

42. Tales presuposiciones se basan en discusiones preliminares con autoridades tradicionales de los pueblos nama y herero en talleres realizados en Windhoek y Keetmanshoop (2004).

43. ICJR, 1975 (citado en la nota 17), pp. 85-86.

Puede instalarse un tribunal para oír las demandas específicas de personas o pueblos. La Ley de la Reforma Agraria ya prevé el establecimiento de ese tribunal. Pequeñas enmiendas a la Ley permitirán que el tribunal trate de reivindicaciones resultantes de las guerras de 1904. Un tribunal que se ocupa de reclamos referentes a cuestiones de tierra ya funciona en África del Sur desde hace varios años y puede ser un ejemplo útil.

Si se llega a probar una reivindicación, el gobierno podrá encaminar el proceso de acuerdo a un programa preestablecido, sin dejar de reconocer, a la vez, los derechos constitucionales de los actuales propietarios. Aunque los derechos precoloniales hayan sobrevivido al colonialismo, se debe destacar que tales derechos no pueden simplemente anular los actuales derechos de propiedad garantizados por la Constitución, tal como la colonización no pudo anular los derechos de propiedad de los pueblos nativos.

Sin embargo, la prueba del derecho a las tierras nativas no deja de tener sentido. El gobierno (o incluso el tribunal) puede empezar a negociar con el actual propietario, con base en el principio de la espontaneidad (*willing buyer/willing seller*). Al llegar a un acuerdo entre el gobierno y el actual propietario, la única cuestión indefinida será el valor que se ha de pagar por la propiedad. Como las demandas serán individuales, o a veces tribales, es muy probable que excedan las actuales provisiones presupuestarias del gobierno (50 millones de dólares namibios, en el último año fiscal). En esa parte del proceso se puede solicitar ayuda financiera a diversos países donadores, y hasta a la Unión Europea. En el pasado, tanto la Unión Europea como Alemania se mostraron dispuestas a auxiliar a Namibia en el programa de reforma agraria.

Es cierto que en la práctica el proceso puede resultar menos sencillo. ¿Qué ocurriría si el actual propietario ya no fuera un individuo blanco, sino alguien de un grupo anteriormente desfavorecido? ¿O cuál será la actitud del gobierno si el actual propietario se recusa a negociar o, tras la negociación, se recusa a vender su propiedad? ¿Cuáles serían las consecuencias si más de un grupo reivindicase la misma tierra?

Aquí, no cabe discutir en detalle cada una de las cuestiones anteriores. Basta recordar que, en determinadas circunstancias, al gobierno se lo puede convencer de que la desapropiación responderá mejor a los intereses nacionales; en cambio, las partes perjudicadas siempre tendrán el derecho de llevar la cuestión a juicio. Tal vez el legislador quiera recurrir a un tribunal superior, o simplemente determinar que el Tribunal Superior, o la Suprema Corte, sea el órgano responsable de juzgar los recursos. Si no se encuentra un donador, el gobierno puede optar por asignarle a ese proyecto parte de los fondos originalmente destinados a la reforma agraria.

Conclusión

Seguramente los principios establecidos en el caso Mabo no han de ser el único proceso capaz de hacer avanzar la reforma agraria. El reconocimiento de los derechos precoloniales aportará una serie de ventajas. Desde crear un mecanismo para manejar algunos de los temas más tristes de la historia de Namibia, hasta llevar justicia a pueblos que casi se extinguieron por las manos de los colonizadores europeos. Y ha de recuperar los derechos territoriales de la segunda y tercera generaciones de descendientes de los propietarios precoloniales.

Es evidente que no hay programa capaz de reparar todas las injusticias del pasado. Los que se oponen a la recuperación de los derechos sobre tierras precoloniales pueden alegar que tal reparación no tratará igualmente a todas las personas del país que sufrieron las consecuencias de la ocupación sudafricana y del *apartheid*.⁴⁴ Infelizmente, ese programa no toca la segunda gran injusticia que se ha cometido contra el pueblo de Namibia, pero es innegable el hecho de que permitirá lidiar de forma efectiva con la injusticia cometida en 1904.

Algunos van a argumentar que el programa no tratará de las injusticias de las guerras precoloniales entre los grupos del sur y del centro del país, mientras otros van a indagar cómo un tribunal abordaría las injusticias cometidas antes, durante y después de la colonización, contra grupos nómadas, como los san y los himbas.

Pero no es la intención de este trabajo recomendar la restauración de los derechos precoloniales como la mejor, o la única posibilidad para la reforma agraria en Namibia, sino proponer un proceso que incluye diversas estrategias para alcanzar una meta final: la distribución justa de tierra entre todos los pueblos de Namibia, de forma que contribuya con la paz, la prosperidad y la estabilidad del país.

Por lo tanto, según la cláusula de espontaneidad (*willing buyer/willing seller*), el programa puede proseguir, al mismo tiempo que el gobierno pone en marcha sus proyectos de desapropiación de propiedades de hacendados extranjeros ausentes y de otras tierras, en la medida de que se trate del interés nacional.⁴⁵

Un tribunal de tierras para tratar de los derechos perdidos durante la colonización alemana le podrá dar una nueva dimensión al tema de la reforma agraria.

44. Véase Sarkin, 2004, op. cit., pp. 100-101.

45. Como el programa todavía está en fase de planificación, tendremos que aguardar que el gobierno defina el interés nacional, o inicie el proceso, antes que discutamos los pro y contra de la cuestión.

NLERUM S. OKOGBULE

Profesor Adjunto y Jefe del Departamento de Jurisprudencia y Derecho Internacional de la Rivers State University of Science & Technology, Port Harcourt, Nigeria. También es abogado acreditado ante la Suprema Corte de Nigeria y socio gerente del estudio jurídico Okogbule & Okogbule, Port Harcourt, Nigeria.

RESUMEN

Este artículo analiza la importancia del acceso a la justicia como instrumento esencial para la protección de los derechos humanos en Nigeria y demuestra que una persona sólo puede ver sus derechos fundamentales efectivados si tiene acceso a los tribunales. Enseguida examina la situación actual en Nigeria y señala los muchos obstáculos para la realización del acceso a la justicia. Para confirmar tal constatación, el autor analiza varios de estos obstáculos: los atrasos injustificados en la administración de la justicia, el alto costo de los litigios, las formalidades técnicas, el analfabetismo y el principio de *locus standi*. Finalmente cuestiona las perspectivas de mejora en el acceso a la justicia y afirma que, si se implementaran reformas judiciales, se introdujeran mecanismos alternativos de resolución de conflictos – con menos énfasis en las normas técnicas – y se fortaleciera el Programa de Asistencia Jurídica, sería posible asegurar tal acceso, impactando positivamente en la protección de los derechos humanos en el país. [Artículo original en inglés.]

PALABRAS CLAVES

Nigeria – Acceso a la justicia – Reforma judicial – Derechos humanos

EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS EN NIGERIA: PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

Nlerum S. Okogbule

El desarrollo político y constitucional de Nigeria se ha entrelazado con la idea de promover y proteger los derechos humanos. Desde las conferencias constitucionales anteriores a la independencia,¹ pasando por la Primera República, por la Segunda,² y por los varios períodos militares, hasta el actual gobierno democrático,³ las cuestiones atinentes a los derechos humanos recibieron la merecida atención en el discurso jurídico y político. En Nigeria hay un empeño sistemático en asegurar la protección de los derechos humanos de los individuos, de los grupos y de las comunidades.

La Comisión Willinck⁴ y la Comisión Oputa⁵ son testimonios elocuentes de este esfuerzo combinado para promover y proteger los derechos humanos y la justicia en el país. Mientras la primera tuvo por objetivo aliviar la sensación de marginalización de los grupos minoritarios de la época colonial, la Comisión Oputa analizó casos de abusos de los derechos humanos ocurridos entre el 1º de enero de 1984 y el 28 de mayo de 1999.⁶ El informe Oputa no se pudo divulgar⁷ y tampoco se implementaron sus recomendaciones, pero el simple hecho de haberse formado tal Comisión reveló la preocupación del gobierno por corregir los errores del pasado con relación a abusos de los derechos humanos.

Aunque sea fácil mencionar tales enfoques formales, lo mismo no se puede decir de la efectiva puesta en práctica de los mecanismos concebidos para favorecer la realización de los derechos humanos básicos. Esto es así porque existe todavía un verdadero abismo entre las declaraciones oficiales acerca del respeto por los derechos humanos y su efectiva implementación. La explicación para esto es que, aparentemente, hay todavía incontables obstáculos de derecho

Ver las notas del texto a partir de la página 115.

sustantivo y procesal o impedimentos que no sólo inhiben la efectiva implementación de tales medidas, sino que también impiden que, en Nigeria, la mayoría de la población tenga acceso a la justicia.

La cuestión que entonces se plantea es: ¿cuáles son estos impedimentos y cómo se pueden superar para garantizar el acceso a la justicia a la gran mayoría de los nigerianos? ¿Hay algún mecanismo legal ya integrado en el sistema que se podría activar para asegurar el acceso a la justicia en el país? ¿Cuál ha sido la respuesta de los sucesivos gobiernos a la demanda por el cumplimiento de los derechos básicos mediante la ampliación del acceso a la justicia?

El objetivo de este artículo es analizar estas cuestiones y delinear un nuevo rumbo en la búsqueda de la promoción y la protección de los derechos humanos en este país, aumentando el acceso a la justicia. Inicialmente discutiremos el concepto de acceso a la justicia y su relación con los derechos humanos y posteriormente haremos un análisis de los distintos obstáculos de derecho sustantivo y procesal que conspiran contra un acceso eficaz a la justicia. En la última parte, el artículo indaga en cómo el sistema judicial puede ser más sensible a los anhelos y a las aspiraciones de los nigerianos, asegurando el acceso a la justicia para individuos y grupos, y por lo tanto, mejorando la protección a los derechos humanos.

Estructura conceptual

El acceso a la justicia se puede enfocar fundamentalmente desde dos perspectivas: en sentido estricto y en sentido amplio. En sentido estricto, este concepto puede ser considerado una extensión del acceso a los tribunales. Una connotación más amplia permite abarcar también el acceso al orden político y a los beneficios provenientes del desarrollo social y económico del Estado.⁸

Podemos así afirmar, en términos generales, que el acceso a la justicia implica el acceso a la justicia social y a la distributiva. Sin embargo, es importante subrayar que estas perspectivas no están desvinculadas, pues la posibilidad de obtener justicia distributiva en determinado sistema depende en buena parte del nivel y de la eficacia de la justicia social en el país. Por consiguiente, la discusión de uno de los aspectos del concepto conlleva referencias a uno o más componentes del otro. Y esto se debe al hecho de que, sin acceso a la justicia, es imposible gozar de cualquier otro derecho – sea este civil, político o económico – o asegurar su realización. Así, aunque este artículo ponga de relieve el concepto en el sentido estricto del término, su concepción más amplia también integrará el presente análisis.

Hecha esta aclaración, se puede entonces afirmar que el acceso a la justicia se refiere simplemente a los mecanismos de derecho sustantivo y procesal existentes en determinada sociedad, destinados a asegurar a los ciudadanos la oportunidad de recurrir al sistema jurídico para buscar la reparación de la violación de sus derechos. Se centra en las normas y en los procedimientos

existentes a ser utilizados por los ciudadanos para acudir a los tribunales a definir sus derechos y obligaciones civiles.

Hay más implicaciones. Ya se dijo que el acceso a la justicia no se limita a los mecanismos procesales para la resolución de conflictos, sino que incluye otras variables tales como las condiciones físicas de las instalaciones en las que se administra justicia; la calidad de los recursos humanos y materiales disponibles; la calidad de la justicia efectivamente prestada; el tiempo demandado para la prestación de la justicia; la moral incorrupta del prestador de justicia; la conformidad con los principios del debido proceso legal; la existencia de condiciones en términos de costos y de tiempo para buscar justicia; la calidad de los abogados que asisten a las partes litigantes; y la incorruptibilidad e imparcialidad de los operadores del sistema.⁹

Está claro que el acceso a la justicia es un concepto abarcador, que incluye la naturaleza, los mecanismos y hasta la calidad de la justicia que se puede alcanzar en determinada sociedad, así como también el lugar del individuo en el interior de ese contexto judicial.

Es de destacar también el hecho de que el acceso a la justicia sin duda ofrece un indicador importante para evaluar tanto la existencia del Estado de Derecho como la calidad del gobierno en una determinada sociedad. Esto explica la insistencia actual sobre la transparencia, *accountability* y la buena gobernanza como panacea eficaz para el desarrollo socioeconómico.¹⁰

Aunque el concepto de justicia sea en sí de difícil definición¹¹ se puede decir, con cierta libertad, que este implica equidad e imparcialidad. Por eso, para que exista acceso significativo a la justicia y se garantice la realización de los derechos fundamentales es imprescindible que estos dos elementos estén presentes en el sistema.

Además, para mejorar el acceso a la justicia en cualquier sociedad es necesario contar con una infraestructura básica y con personal adecuado, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Por ejemplo, en los lugares en los que los tribunales no cuentan con personal suficiente, o están conducidos por hombres y mujeres moralmente condenables, es difícil que el Estado pueda asegurar justicia social a sus ciudadanos. Funcionarios corruptos en el Poder Judicial pueden realmente entorpecer gravemente la obtención de justicia, aunque la infraestructura y los instrumentos jurídicos sean operantes y bien organizados.¹²

La interfaz entre acceso a la justicia y protección a los derechos humanos

La relación entre el acceso a la justicia y la protección a los derechos humanos emana de que sólo si las personas pueden llegar a los tribunales lograrán defender y reivindicar sus derechos fundamentales. En otras palabras, la estructura jurídica

e institucional existente en un determinado sistema puede llegar a impedir el acceso de los ciudadanos a los tribunales, y volverlos incapaces de buscar el cumplimiento y la protección de sus derechos fundamentales.

Aunque algunos de estos mecanismos jurídicos e institucionales puedan haber sido originariamente creados para alcanzar determinados objetivos, a veces llegan a convertirse en tremendos obstáculos para la promoción y la protección de los derechos humanos.

Hay aún otros obstáculos que surgen de la estructura y de la composición de los sistemas políticos y económicos que operan en un determinado país. En el caso de Nigeria, todo indica que una combinación de obstáculos de las dos categorías condujo a una incapacidad sistémica del orden jurídico para garantizar el acceso a la justicia en el país. La importancia de esta segunda categoría de obstáculos deriva del hecho que, para un país del tercer mundo como Nigeria, en el que el nivel de analfabetismo es inaceptablemente elevado y la gente enfrenta dificultades extraordinarias para subsistir, es inevitable que las cuestiones referentes a la protección de los derechos humanos ocupen un lugar secundario. El profesor Claude Ake ubicó la relevancia de estos obstáculos en el contexto y en la perspectiva apropiada al observar lo siguiente:¹³

Por motivos que no nos cabe detallar aquí, algunos de los derechos importantes en Occidente no tienen interés ni valor para la mayoría de los africanos. Así, por ejemplo, libertad de expresión y libertad de prensa no significan mucho para una comunidad rural mayoritariamente analfabeta y completamente absorbida por los rigores de la lucha cotidiana para sobrevivir [...] para que tenga sentido una Declaración de Derechos y Garantías tendrá que incluir, entre otros, el derecho al trabajo y a un salario digno, el derecho a vivienda, a salud, a educación. Esto es lo mínimo por lo cual podemos luchar si queremos algún día tener una sociedad consciente de los derechos humanos básicos [...] en África, para que los derechos liberales tengan sentido en el contexto de un pueblo que lucha para mantenerse a flote bajo condiciones económicas y políticas extremadamente adversas, estos derechos tienen que ser tangibles. Tangibles en el sentido de que sus consecuencias prácticas sean visibles y relevantes para las condiciones de existencia del pueblo a que se destinan. Y, más importante aún, tangibles en el sentido de que sus beneficiarios puedan vivenciarlos.¹⁴

En efecto, para la gran mayoría de los ciudadanos, las cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos parecen un lujo que difícilmente les sería consentido.¹⁵ El resultado de esto es que se suelen ver como un pasatiempo elitista con el cual atraer las atenciones, incluso cuando el objetivo subyacente es promover el bien común.

Factores que inhiben el acceso a la justicia en Nigeria

Distintos obstáculos conspiran contra el acceso a la justicia en Nigeria, algunos de naturaleza sustantiva, otros de naturaleza procesal; y otros aún son producto del actual sistema político y económico del país. Examinaremos aquí algunos de estos factores para comprobar de qué modo siguen inhibiendo el acceso a la justicia en Nigeria.

Atraso en la administración de la justicia

Decir que hay atrasos absurdos en la administración de la justicia en Nigeria es una afirmación prosaica. Sin embargo, es difícil entender cómo los nigerianos lograron convivir con este fenómeno durante varias décadas sin encontrar una solución definitiva. Es frecuente depararse con procesos comunes de rescisión ilegal de contratos de trabajo, o incluso acciones por el cumplimiento de derechos fundamentales, que se arrastran durante tres, cinco o más años. Distintas circunstancias pueden dar origen a ese atraso: abogados que provocan el retardo de los procesos mediante sucesivas peticiones; incapacidad de los jueces para emitir sus sentencias en plazo; omisión de las autoridades policiales o penitenciarias en la derivación de acusados a los tribunales; aplicación del principio del juez natural, por el cual un proceso se reinicia cada vez que es asumido por un nuevo juez, etc.¹⁶ El resultado es que actualmente en Nigeria ya casi se acepta como hecho consumado que la tramitación de un proceso judicial llevará largos años hasta llegar a término.¹⁷ En tales circunstancias, es natural que los ciudadanos se resistan a iniciar procesos para hacer valer sus derechos fundamentales.

No cabe duda de que tales atrasos no sólo minan la confianza pública en el proceso judicial, sino que también socavan la propia existencia de los tribunales.¹⁸ Esto a pesar de que la Constitución de 1999 garantiza un juicio rápido en su Artículo 36, párrafo 1, que dispone: “En la determinación de sus derechos y obligaciones civiles, incluyendo cualquier cuestión o determinación por parte de, o contra, cualquier gobierno u otra autoridad, una persona tendrá derecho a un juicio justo en un plazo razonable por un tribunal establecido por ley y constituido de manera de asegurar su autonomía e imparcialidad.”¹⁹ En el mismo sentido, el Artículo 36, párrafo 4, de la Constitución prevé que la persona acusada criminalmente siempre tendrá derecho a un juicio justo en un plazo razonable, por fuero o tribunal competente.

Desafortunadamente, la Constitución no define el sentido de la expresión “plazo razonable”, utilizada en los párrafos citados. La Suprema Corte, sin embargo, tuvo la oportunidad de dar una definición en el caso de Gozie Okeke,²⁰ en el pronunciamiento del juez Ogundare:²¹

Según el sentido común, el término “razonable” significa moderado, aceptable, o no excesivo. Lo que es razonable con relación a la cuestión que un acusado tenga un juicio justo en un plazo razonable dependerá de las circunstancias de cada caso, inclusive del lugar o país donde el juicio ocurra, además de los recursos y de la infraestructura disponibles para los órganos competentes del país. Por eso, es engañoso utilizar el modelo o la situación de hecho de un país específico para determinar si los juicios en procesos penales de otro país comportan un atraso injustificado [...] Una demanda por un juicio rápido que no tenga en cuenta las condiciones y las circunstancias del país sería irrealista y peor que el propio atraso injustificado del juicio.

A continuación el juez declaró que, para determinar si el juicio de un acusado se hizo en un plazo razonable, hay que considerar cuatro factores: “la duración del atraso, las razones dadas por la fiscalía para el atraso, la responsabilidad del acusado en hacer valer sus derechos y el perjuicio a que el acusado pueda estar expuesto”.²²

De cualquier forma, queda claro que si un juicio dura más de tres o cuatro años es difícil decir que ocurrió “en un plazo razonable”. Entre las muchas causas de los atrasos en el proceso judicial, algunas son endémicas del propio sistema – como las reglas procesales altamente complejas y técnicas –, mientras que otras son provocadas por los operadores del sistema – personal de los tribunales que dan curso a los procesos judiciales, abogados que requieren interminables pedidos que implican la demora del proceso y jueces a quienes les falta la virtud de la presteza.²³

Aunque se pueda admitir como inevitable algún atraso en los procesos civiles o penales, teniendo en cuenta la necesidad de asegurar “condiciones y tiempo adecuados”²⁴ para que las partes se preparen, un atraso desmedido se vuelve ofensivo y perjudicial a la administración de la justicia. En este sentido, los tribunales deberían considerar más seriamente la cuestión de los pedidos que implican la demora del proceso; se puede sugerir que sean considerados solamente los que sirvan para beneficiar el proceso judicial, debiéndose rechazar aquellos que apenas buscan el retardo o que no comprenden asuntos referentes al mérito de la demanda. Al final, el tribunal tiene el poder discrecional de hacer lugar o no a estos pedidos.²⁵

Sin embargo por más que insistamos en el desiderátum de la rápida liberación de los casos, se debe tener siempre en mente la necesidad de asegurar a todas las partes la oportunidad de presentar sus posiciones antes de la decisión final del tribunal. Tal como el juez Mikailu señaló en el caso del gobernador del estado de Ekiti:²⁶ “Cada una de las partes tiene el derecho de ser oída de forma plena, y no debe haber una excesiva rapidez ni precipitación de modo que el tribunal pueda llegar a una decisión justa. Justicia postergada es justicia denegada, pero acelerar la justicia puede tener como resultado su atropellamiento”.²⁷

En el caso citado, en el que el tribunal se negó a conceder a los acusados la oportunidad de presentar pruebas con el objetivo de evitar atrasos indebidos, se sostuvo que tal decisión violó el derecho de ser oído con las debidas garantías,

y se ordenó la apertura de un nuevo juicio. Esto se debe al hecho de que, en la doctrina, tal derecho constituye uno de los principios fundamentales y pétreos del Derecho Constitucional nigeriano, y cualquier otra norma que infrinja tal principio, por más bien intencionada que sea será necesariamente preterida.²⁸

Las costas de las acciones

Se sabe que con relación a la situación económica de Nigeria, las costas de las demandas judiciales son tan altas que, si un ciudadano común necesita enfrentar una cuestión legal, difícilmente podrá darse el lujo de obtener una representación adecuada. Esto es tanto más verdadero si tenemos en cuenta que la gran mayoría de los nigerianos se dedica todo el tiempo estrictamente a su supervivencia y a la de su familia.

Tal vez como forma de mejorar su propia situación económica, los abogados nigerianos crearon un método para cobrar no sólo sus honorarios profesionales sino también una tasa de transporte cada vez que se presentan al tribunal, aumentando todavía más, inevitablemente, los gastos de los litigantes. Considerando el escenario en el que un proceso puede prolongarse durante cuatro o cinco años, es posible evaluar mejor la enormidad del gasto económico a que las partes en litigio están sujetas.

Como si no bastara, algunos tribunales cobran tasas muy altas, haciendo a menudo inviable el acceso para la mayoría de los nigerianos. Es el caso, en particular, del Tribunal Superior Federal, en el que las costas iniciales son proporcionales al valor de la causa pretendido por los demandantes. Como resultado, es extremadamente difícil para los nigerianos, en particular para los que viven en la región del delta del Níger – víctimas habituales de derramamientos de petróleo, contaminación y otras amenazas ambientales –, ejercer sus derechos cuando las actividades relacionadas a la explotación petrolífera afectan de forma adversa sus actividades normales.²⁹

De acuerdo con las actuales normas del Tribunal Superior Federal,³⁰ para una acción con valor de 10 millones de nairas, el demandante tiene que pagar anticipadamente una tasa de justicia superior a 50 mil nairas, como prerequisite para ingresar la demanda. Además, si la cuestión depende de laudos periciales e informes de evaluación del impacto, el ciudadano nigeriano, rico o pobre, debe adjuntarlos a la petición inicial; aunque se sepa que los honorarios pagados a los profesionales responsables pueden estar muy arriba de la capacidad económica de los demandantes.

Los efectos de algunos dispositivos constitucionales

Es irónico que algunos dispositivos constitucionales concebidos en esencia para garantizar la protección a los derechos fundamentales tengan

involuntariamente el efecto de ocasionar atrasos en el proceso judicial. Al respecto, cabe hacer referencia a ciertos preceptos de la Constitución de 1999. El Artículo 36, párrafo 6.b, por ejemplo, estipula que “toda persona acusada de delito penal tendrá derecho a **tiempo y condiciones adecuados** para preparar su defensa”.³¹

¿Cómo ha sido la interpretación y la aplicación de este dispositivo constitucional en los tribunales?

El principio rector ha sido garantizar que un acusado pueda valerse de todas las oportunidades disponibles para presentar adecuadamente su defensa en un proceso penal. Esto implica, por ejemplo, que si se lo cita en juicio y no cuenta con un abogado, el tribunal le concederá un plazo para contratar los servicios de un profesional.³² De igual modo, si el acusado solicita un documento específico o los autos procesales para su defensa y estos no se le ponen a disposición de inmediato, este deberá disponer de un plazo suficiente como para conseguir tal documento o tales autos, o incluso abrir un proceso, si tiene esa intención.³³ En general, la aplicación de esta norma no debería provocar atrasos indebidos pero, en las circunstancias peculiares de Nigeria, con el omnipresente “factor nigeriano”,³⁴ muchas veces esta ha resultado en prolongadas demoras y frecuentes abusos.

Confianza indebida en las normas técnicas

El derecho es una materia eminentemente técnica y esta tecnicidad se manifiesta en los distintos procedimientos y normas aplicables. Para lograr llegar a los tribunales, un demandante necesita contratar los servicios de un abogado, que dará inicio a la acción, en su nombre. Por mayor que sea su nivel sociocultural, en general, el demandante es incapaz de comprender los intrincados procedimientos y normas aplicables a su caso. Seguramente, la situación es mucho peor para un analfabeto nigeriano y, si tenemos en cuenta que la inmensa mayoría de la población nigeriana es analfabeta, podemos entender mejor el verdadero cuadro.

Si agregamos los problemas de procedimiento que muchas veces ocurren para la propuesta de acciones reivindicando el cumplimiento de derechos fundamentales, el cuadro está completo. Se han producido algunas controversias sobre el procedimiento adecuado a seguir para promover acciones de reivindicación de los derechos fundamentales en Nigeria. Este problema se volvió todavía más crítico después que entraron en vigor las Normas de los Derechos Fundamentales (Procedimiento para Ejecución) de 1979.³⁵ Mientras algunos jueces consideran que el único procedimiento aceptable es el prescrito en la Norma, otros adoptan una posición divergente. Así, en el proceso *Din vs. Attorney-General of the Federation*,³⁶ el juez Nnaemeka Agu declaró: “Las Normas de los Derechos Fundamentales (Procedimiento para Ejecución) de 1979 prescribieron el

procedimiento correcto y único para el efectivado de los derechos fundamentales que constan en el Capítulo IV de la referida Constitución”.³⁷

Este procedimiento tiene lugar en dos etapas: la primera estipula un pedido previo *ex-parte* para requerir el permiso para efectivizar el derecho fundamental y, la segunda, seguidamente, prevé la presentación de la petición inicial con pedido de citación y con una declaración efectuada bajo juramento.³⁸

En el caso Alhaji Dahiru Saude contra Alhaji Haliru Abdullahi,³⁹ el actor ingresó con una acción para proteger sus derechos fundamentales, lo que dio lugar al mandato de citación tras obtener permiso del tribunal; pero el mandato de citación no fue firmado por el juez encargado del proceso, conforme lo determinan las Normas. La Suprema Corte consideró esto irrelevante, porque estaba clara la intención de pedir protección para el cumplimiento de los derechos fundamentales. En las palabras del juez Kayode-Eso:⁴⁰ “En mi opinión no importa mucho de qué modo se efectuó la petición, siempre y cuando esté claro que pide protección contra la violación de derechos garantizados en los términos de la Constitución”. Agregó que las Normas de los Procedimientos para Ejecución están redactadas de forma clara y no establecen que los procedimientos en ellas contenidos sean los únicos aceptados para requerir tal protección.⁴¹

Está también el problema correlativo de determinar en qué medida una acción que reivindique el cumplimiento de derechos fundamentales puede ser anexada de forma válida a otra demanda, referente a reivindicaciones sustantivas.⁴² El divisor de aguas en esta área es el proceso de Alhaji Umaru Tukur contra el gobernador del estado de Taraba,⁴³ en el que el apelante había sido depuesto de la función de emir de Muri y mantenido en prisión domiciliaria durante varios meses. Este ingresó con una demanda en el Tribunal Superior Federal en los términos de las Normas de los Derechos Fundamentales (Procedimiento para Ejecución) de 1979, para que se efectivaran sus derechos fundamentales. La Suprema Corte entendió que, como la queja inicial del apelante era que había sido depuesto de la función de emir de Muri, las alegadas violaciones a sus derechos fundamentales – a un juicio imparcial y a la libertad de circulación – eran meramente accesorias a la demanda principal y que, en esas circunstancias, la conducción del proceso en los términos de las Normas de los Derechos Fundamentales (Procedimiento para Ejecución) de 1979 era inadecuada.⁴⁴

Esta insistencia en torno a las reglas técnicas relativas a la categorización de la demanda entre principal o accesoria viene representando un impedimento grave al acceso a la justicia y a la protección de los derechos fundamentales en Nigeria. Aunque sea imposible mantener un sistema jurídico con personas específicamente capacitadas en este campo sin definir reglas técnicas para eso,⁴⁵ sugerimos que esas tecnicidades se lleven a un nivel mínimo aceptable, que facilite el acceso a la justicia para la gran mayoría de los nigerianos.

Locus standi

Otro factor al que se suele recurrir para impedir el acceso a los tribunales en Nigeria es el ya desgastado concepto de *locus standi*, que puede de hecho crear significativos obstáculos a la cuestión de la protección de los derechos humanos. No es fácil definir el concepto de *locus standi*, pero se puede afirmar que corresponde, esencialmente, a las condiciones existentes para un proceso. Se refiere al derecho que tiene una de las partes de un proceso de ser oída en una corte o un tribunal, o a la capacidad legal de iniciar o proponer una acción ante una corte de jurisdicción competente sin ninguna inhibición, obstrucción o impedimento.⁴⁶ En otros términos, “para que alguien tenga *locus standi* en un proceso, debe poder demostrar que sus derechos y obligaciones civiles fueron infringidos o corren el riesgo de serlo. Así, el hecho que una persona no tenga éxito en una acción nada tiene que ver con la circunstancia de que pueda o no entrar con la acción”.⁴⁷

Al respecto es pertinente observar que se suele indagar en dos cuestiones para determinar el *locus standi* de una persona: la acción tiene que ser justificable y debe haber una efectiva disputa entre las partes.

Los tribunales también adoptaron la posición, correcta desde nuestra perspectiva, de que es mejor permitir que una parte ingrese con una acción y sea oída que vedarle el acceso a los tribunales.⁴⁸ Esto es así porque los tribunales nigerianos tienen poderes específicos para tratar con litigantes temerarios o demandas frívolas. La justicia no puede ser racionada.⁴⁹ El juez Fatayi-Williams subrayó este aspecto cuando, en el caso del senador Abraham Adesanya,⁵⁰ declaró:

[...] Reconozco el hecho de que Nigeria es un país en desarrollo, con una sociedad multiétnica y una Constitución Federal escrita, donde las habladurías son el pasatiempo en los lugares de comercio y construcción. Negar a cualquier miembro de tal sociedad que tenga conocimiento, o crea o sea inducido a creer que ocurrió una infracción de alguno de los dispositivos de nuestra Constitución [...], a tener acceso a los tribunales para dar curso a sus quejas, con una excusa superficial (por falta de suficiente interés) es ofrecer una receta pronta para un sistemático desencanto con el proceso judicial.⁵¹

Además, es esencial que el demandante, antes de recurrir a los tribunales, pueda demostrar suficiente interés jurídico por el objeto de la acción. Sin embargo, los tribunales profirieron varias decisiones para definir la expresión “interés suficiente” y, al hacer esto, a veces actuaron, en realidad contra el acceso a la justicia. Así, por ejemplo, en el proceso movido por Irene Thomas contra Timothy Olufosoye,⁵² los actores, miembros de la Congregación Anglicana de la diócesis de Lagos, rechazaron el nombramiento del reverendo Joseph Abiodun Adetiloye para la función de obispo de Lagos y requirieron a los tribunales su anulación.

En su petición inicial, los actores no dijeron si tenían interés por el cargo de obispo de la diócesis, ni de qué modo sus (eventuales) intereses habrían sido afectados por el nombramiento del reverendo Abiodun Adetiloye. Alegaron que no estaban interesados en un candidato específico, pero cuestionaban el proceso de nombramiento del reverendo Adetiloye por infringir dispositivos de la Constitución de la Iglesia de Nigeria (de Confesión Anglicana).

La Defensa cuestionó la validez de la acción, sosteniendo que los actores no poseían *locus standi* para instituir la y la Suprema Corte mantuvo el entendimiento que los apelantes carecían de *locus standi* en la cuestión. En su voto concordante, el juez Oputa⁵³ hizo esta importante declaración:

La cuestión que se plantea, entonces, es quién, o qué ley invistió a los Autores del derecho para defender la Constitución de la Iglesia Anglicana en la Diócesis de Lagos, o el simple hecho de que los Autores sean miembros de la Congregación Anglicana en la Diócesis de Lagos ipso facto, y para citar, mutatis mutandis, las palabras memorables de mi ilustre colega Bello, JSC en el caso Senador Adesanya contra Presidente de Nigeria (1981) 2 NCLR 358, p. 384, ¿quién les confiere el derecho de “hacer el papel de archivistas y erigir un santuario para preservar los sagrados dispositivos de la Constitución de la Congregación Anglicana?; Qué los convierte acaso en centinelas para apartar a todos aquellos que sospechan transgresores potenciales de la Constitución de la Congregación Anglicana?; Quién los alista después en el ejército para tomar las armas contra todos los que consideran agresores de la Constitución de la Congregación Anglicana?; O los Actores se estarán constituyendo en unos ‘entrometidos’, que deambulan por la Diócesis de Lagos procesando y persiguiendo a todos aquellos que consideren ofensores constitucionales (en este caso de la Constitución de la Congregación Anglicana)?⁵⁴

El juez Obaseki también manifestó su acuerdo con el voto mencionado anteriormente, declarando: “Este tribunal no hace la ley. Su función es administrar e interpretar la ley. Tal como la ley hoy se configura, no hay espacio para que se adopten las modernas concepciones de *locus standi* en boga en Inglaterra y en Australia. La adopción de tales enfoques en Inglaterra tiene apoyo en la legislación de la misma Inglaterra” (subrayados nuestros).⁵⁵

Claro está que tales enfoques conservadores tienen el efecto de limitar el acceso a la justicia en Nigeria pues impiden que un nigeriano, por más que sea diputado federal, tome cualquier medida judicial contra una infracción a la Constitución de Nigeria. Felizmente, más recientemente, los tribunales comenzaron a adoptar un enfoque más liberal de la cuestión del *locus standi*,⁵⁶ pero todavía se encuentran remanentes de ese conservadurismo.⁵⁷

Analfabetismo

Como se dijo antes, otro obstáculo significativo para la construcción del acceso a la justicia en Nigeria es el alto nivel de analfabetismo existente. Es una desgracia que la estructura socioeconómica del país haya hecho imposible el acceso a la educación para la gran mayoría de los nigerianos, a pesar de los distintos planes y programas de desarrollo lanzados por los sucesivos gobiernos, todos resaltando la importancia de la educación.

Este problema se agravó con el actual colapso del sistema público de enseñanza, incluso de las universidades, lo que convirtió a la educación en una mercancía exclusiva a ser adquirida y consumida por la burguesía, en instituciones privadas.⁵⁸

Sin embargo, nunca estará de más enfatizar el inestimable valor de la educación y su capacidad de fortalecer la ciudadanía. A diferencia del analfabeto, una persona con buen nivel de escolaridad se adapta más fácilmente a las realidades de una determinada situación y tiene capacidad intelectual para insistir en la defensa de sus derechos. La educación le confiere de esta manera el poder de maximizar las oportunidades y los recursos disponibles en su medio.

Es necesario insistir en el hecho que, si la educación es capaz de liberar el individuo de la ignorancia, de la pobreza y de la enfermedad, su ausencia tiene graves implicaciones mentales, políticas y económicas, que impiden, en buena medida, el acceso a la justicia en Nigeria. En ámbito particular, genera pobreza, sumisión e incluso la connivencia forzada con agentes de la opresión y de la marginalización. El resultado de todo esto es que una gran mayoría de nigerianos vive hoy sin acceso a la justicia social, ajena a las estructuras políticas y económicas.⁵⁹

Perspectivas y propuestas de reforma

La cuestión del acceso a la justicia en Nigeria es tan fundamental para la promoción y la protección de los derechos humanos que se hace necesario evaluar sus perspectivas a la luz de las deficiencias e inadecuaciones mencionadas anteriormente.

No cabe duda de que el actual gobierno desea incentivar la promoción y la protección de los derechos humanos en el país, en congruencia con las normas democráticas. Las exhortaciones⁶⁰ que enfatizan esta preocupación sólo ganan significado si se hacen consistentes esfuerzos para orientar la discusión de acuerdo con las líneas de acción expuestas a continuación.

Reforma judicial

La reforma del proceso judicial se impone en el país coincidiendo con la preocupación global referente a la protección de los derechos humanos. Esto se

hace necesario porque el papel del Poder Judicial es central en el proceso de garantizar el acceso a la justicia. Se sugiere que el punto de partida para tal reforma es una revisión de las normas judiciales relevantes que inhiben el acceso a la justicia. En este sentido será necesario rever los procedimientos abusivos y las normas del Tribunal Superior Federal – que le impiden a gran parte de los ciudadanos del delta del Níger reivindicar sus derechos ambientales –, considerando los costos iniciales exorbitantes y promover la reducción de las tasas. Seguramente esta medida generará una sensible reducción de las turbulencias y de las crisis que hoy afectan la región, pues mejorará el acceso a los tribunales y facultará a las personas perjudicadas la oportunidad de presentar sus puntos de vista y sus demandas en una instancia judicial.

Tal como el juez Fatayi-Williams declaró en el caso del senador Abraham Adesanya, es mejor que la gente tenga acceso a los tribunales a que actúe en función de habladurías sobre las actividades gubernamentales. Es ahí que puede actuar el activismo del poder judicial, pues los tribunales actuarán como efectivos instrumentos de demandas y reivindicaciones de derechos. Es gratificante conocer la reciente declaración del Secretario de Justicia de la Federación respecto de la decisión del gobierno nacional de incentivar y apoyar la revisión de las Normas del Tribunal. De acuerdo con este, los objetivos de tal revisión comprenden:⁶¹

- *reducir el costo procesal del litigio y ampliar el acceso a la justicia;*
- *reducir los atrasos, asegurando que las decisiones sean proferidas de forma rápida;*
- *asegurar iguales oportunidades a las partes, independientemente de sus posesiones, para sustentar o defender sus derechos;*
- *tornar el sistema judicial comprensible para sus usuarios.*

Es necesario también emprender esfuerzos deliberados para reducir la persistente tardanza para obtener justicia en el país. Una situación en la que un simple proceso de dimisión irregular de un empleado puede llevar de tres a cinco años para su decisión final desacredita al sistema jurídico y ridiculiza el compromiso del gobierno de asegurar un creciente acceso a la justicia para la amplia mayoría de los nigerianos.

Mecanismos alternativos de resolución de conflictos

De manera aún más significativa, es indispensable que se hagan esfuerzos para aumentar el conocimiento y el recurso efectivo al arbitraje o a otros métodos alternativos de resolución de conflictos en el país. Además de ser más productivos, tales mecanismos retratan mejor los métodos tradicionales de resolución de contiendas que tan bien atendieron a las sociedades africanas antes de la imposición del sistema de adjudicación inglés.⁶² Felizmente se observa una

tendencia creciente a formalizar el uso de estos mecanismos como alternativas viables a la solución judicial de conflictos en Nigeria.⁶³

Es indiscutible que recurrir a este mecanismo, aliado a una mejora en las condiciones socioeconómicas y políticas de las masas, representarán avances en el sentido de asegurar la ampliación del acceso a la justicia para la mayoría de los nigerianos

El refuerzo del Programa de Asistencia Jurídica

Una institución importante que se puede movilizar para mejorar el acceso a la justicia en el país es el Programa de Asistencia Jurídica, que se creó para proveer asistencia a nigerianos indigentes e imposibilitados de contratar los servicios de profesionales particulares para defender sus derechos.⁶⁴

Aunque el programa no haya tenido un impacto significativo en su tarea en todos estos años, en parte debido a problemas de orden estructural y operacional,⁶⁵ se sugiere que se haga más proactivo para dar respuesta a los anhelos y aspiraciones de los nigerianos, posibilitando un mayor acceso a la justicia. Esto acarreará sin dudas una ampliación del alcance de sus operaciones, en términos de aumentar el nivel y la categoría de los potenciales beneficiarios del programa y la cobertura de asuntos, asociando una práctica incisiva de divulgación entre la población. Ya se ha comprobado que esquemas similares se han demostrado extremadamente exitosos como instrumento de intensificación del acceso a la justicia en países como India.

Conclusión

En este artículo intentamos demostrar el vínculo entre el acceso a la justicia y la búsqueda de la promoción y protección de los derechos humanos en Nigeria. Presentamos también varios obstáculos fundamentales que impiden la consecución de esta meta, altamente deseable, de un mayor acceso a la justicia. Algunos de estos obstáculos son de naturaleza sustantiva, mientras otros son procesales. Destacamos también que algunos de los dispositivos constitucionales previstos para asegurar la protección de los derechos humanos terminaron causando involuntariamente atrasos indebidos y, por consiguiente, conspirando contra el acceso a la justicia.

Por eso se sobreentiende que es necesario encontrar un equilibrio sutil y benéfico entre el deseo de maximizar la protección de los derechos humanos y el imperativo de asegurar un acceso más amplio a la justicia en Nigeria.

De esta forma, el derecho para que una persona acusada cuente con tiempo y condiciones adecuadas para preparar su defensa no necesariamente resultará

en atrasos injustificados en la prestación de la justicia, que ha sido definida como un tráfico de tres vías: la del demandante, la del acusado y la de la sociedad en general.⁶⁶ Esto requiere programas bien pensados, que tengan en cuenta estos factores y consideraciones para mejorar la obtención de justicia.

Sólo cuando abordemos la cuestión desde esta perspectiva se podrá satisfacer la preocupación dominante con la mejora en el acceso a la justicia en Nigeria, asegurando así el lugar correspondiente a los derechos humanos fundamentales.

NOTAS

1. Incluyendo, entre otras, la Conferencia Constitucional de Londres y la Conferencia de Lagos, que condujeron a la adopción de distintas constituciones para el país: la Constitución Clifford (1922), la Constitución Richards (1946), la Constitución Macpherson (1951) y la Constitución Lyttleton (1954). Véase S. T. Hon, *Constitutional Law and Jurisprudence in Nigeria* (Port Harcourt, Nigeria: Pearl Publishers, 2004), pp. 4-8.
2. La Primera República va de 1960 a 1966; la Segunda, de 1/10/1979 a 31/12/1983. Estos dos períodos de regímenes civiles fueron interrumpidos por golpes militares.
3. El actual gobierno civil asumió el poder el 29/5/1999, tras cerca de 15 años de sucesivos regímenes militares, famosos por sus brutales violaciones a los derechos humanos. Véase S. Tolofari, *Exploitation and Instability in Nigeria, The Orkar Coup in Perspective* (Lagos: Press Alliance Network, 2004). Este gobierno creó la Conferencia Nacional para las Reformas Políticas para controlar la creciente agitación promovida por distintos grupos en distintas regiones del país.
4. Instituida en 1957, hizo recomendaciones de largo alcance para reparar injusticias contra los grupos minoritarios. Desafortunadamente, tales recomendaciones no llegaron a implementarse por el gobierno antes del golpe militar de 1966.
5. Creada por el actual gobierno el 7/6/1999, y a cargo del ex-presidente de la Corte Suprema nigeriana, Chukwudifu Oputa, tuvo entre sus objetivos verificar y definir las causas, la naturaleza y la extensión de las violaciones o de los abusos contra los derechos humanos, identificar personas, autoridades, instituciones u organizaciones responsables de tales violaciones y abusos, además de hacer las recomendaciones correspondientes.
6. En conformidad con lo definido en el mandato de la Comisión.
7. La Comisión Oputa visitó distintas regiones del país y recogió pruebas de numerosas víctimas de abusos contra los derechos humanos, a veces con dramáticas demostraciones públicas. Lamentablemente, su trabajo fue dificultado por cuestionamientos judiciales y, finalmente, sus recomendaciones no se pudieron publicar. Véase Brigadier General A. K. Togun (Rtd.) vs. Hon. Justice Chukwudifu Oputa (Rtd.) and 3 Others (2001) 16 NWLR [*Nigerian Weekly Law Reports*] pt. 740, p. 577; y Chief Gani Fawhinmi and 2 Others vs. General Ibrahim Babangida (Rtd.) and 2 Others (2003) 3 NWLR pt. 808, p. 604.

8. Véase C. A. Oputa, *In the Eyes of the Law* (Friends Law Publishers, 1992), p. 50.
9. Véase M. I. Gwangudi, "Problems Militating against Women's Access to Justice in Nigeria" (*University of Maiduguri Law Journal* n. 5, 2002), pp. 13-14.
10. Véase G. Akinrinmade y O. Oloyide, "The Best Models for Good Governance in Africa", en D. A. Guobadia y E. Azinge (eds.), *Globalisation, National Development and the Law*, Anales de la 40ª Conferencia Anual de la Nigerian Association of Law Teachers (NIALS), 2005, p. 51.
11. Véase R. W. M. Dias, *Jurisprudence* (4. ed., Butterworths, 1976), p. 67.
12. En las palabras de C. Oputa (op. cit, p. 12). "Es una verdadera calamidad que tengamos un juez corrupto, pues el dinero – ofrecido y recibido – corrompe y contamina no sólo los canales de la justicia, sino también su propio flujo. Honestidad y rectitud judicial constituyen, pues, los requisitos mínimos para el ejercicio de la magistratura".
13. C. Ake, "The African Context of Human Rights", documento presentado en la International Conference on Human Rights in the African Context, realizada en Port Harcourt, del 9 al 11 de junio de 1987, citado en T. Aguinola Aguda, *Human Rights and the Right to Development in Africa* (Lagos: Nigerian Institute of International Affairs, 1989), p. 26.
14. Véase también J. N. Aduba, "Human Rights and Social Justice in Nigeria: Issues, Dilemma and Options", en A. U. Kalu y Y. Osinbajo (eds.), *Perspectives on Human Rights* (Nigerian Federal Ministry of Justice, 1992), pp. 229-231.
15. Véase T. A. Aguda, *The Crisis of Justice* (Akure, Nigeria: Eresu Hills Publishers, 1986), pp. 31-33.
16. El autor de este artículo trabaja en este momento en un caso iniciado en 1984, referido a la herencia de un inmueble, que sigue pendiente en el Tribunal de Justicia de Okehi, en el estado de Rivers, en Nigeria, esencialmente como consecuencia de la aplicación del principio *de novo* en el juicio. Cada vez que el proceso llega a cierto nivel, se nombra un nuevo juez para jurisdicción en cuestión, y el proceso tiene que empezarse de nuevo. Ha sido este el destino del proceso en cuestión con un alto costo económico para las partes en litigio.
17. Véase los ejemplos dados por T. A. Aguda, 1986, op. cit., pp. 15-16.
18. Véase Oputa, 1992, op. cit.
19. Este dispositivo fue objeto de interpretación y aplicación judiciales en varios casos. Véase, por ejemplo: Ifeanyi Nwankwu and Another vs. Oraegbunam Aniето, Esq. (2002) 2 NWLR pt. 752, p. 729; Governor of Ekiti State and 4 Others vs. Prince James A. Osayomi and 2 Others (2005) 2 NWLR 67, pp.71-72.
20. Caso Gozie Okeke vs. The State (2003) 15 NWLR pt. 842, p. 25.
21. Id., pp. 84-85.
22. Id., p. 85.
23. Véase Oputa, op. cit., p. 162.
24. Conforme a lo previsto en el Artículo 36.4 de la Constitución. Véase más adelante una discusión sobre el sentido de esta expresión.
25. La Suprema Corte reafirmó este principio en el reciente caso Alsthom S.A. vs. Dr. Olusola Saraki

(2005) 3 NWLR pt. 911, p. 208, *ratios* 3, 4 y 5. Véase también Fred Chiedozie vs. Dayo Omosawan and 2 Others (1999) 1 NWLR pt. 586, p. 317.

26. Caso Governor of Ekiti State and 4 Others vs. Prince James A. Osayomi and 2 Others (2005) 2 NWLR pt. 909, p. 67.

27. *Id.*, p. 90. El juez Adolphus Karibi-Whyte muy hábilmente justificó la decisión: "El aforismo de que justicia postergada es justicia denegada es tan preciso como el dicho de que la justicia apresurada provoca inevitables injusticias. Cuando recuerda los acontecimientos, la memoria se muestra imperfecta para identificar los principales participantes, etc. y esto representa un riesgo tan grande como el de exagerar la impresión al relatar un acontecimiento muy cercano, o el de asumir una identificación errónea de manera irreflexiva. Así, ni la tardanza moderada ni el procesamiento acelerado de la justicia aseguran la administración correcta de la justicia". Véase A. G. Karibi-Whyte, "An Examination of the Criminal Justice System", en Y. Osinbajo y A. U. Kalu (eds.), *Law Development and Administration in Nigeria* (Federal Ministry of Justice, 1990), pp. 55-77.

28. Véase Adebayo Ogundoyin and 2 Others vs. David Adeyemi (2001) 13 NWLR pt. 730, p. 403.

29. Véase J. F. Fekumo, "The Problem of Jurisdiction in Compensation for Environmental Pollution and Degradation in Nigeria: A Fundamental Rights Enforcement Alternative", comunicación presentada a la Conferencia Anual del Colegio de Abogados de Nigeria, realizada en Abuja, del 22 al 27 de agosto de 2004, p. 26.

30. Resolución 53 (1) y Anexo 2 del Tribunal Superior Federal (Normas del Proceso Civil), 2000.

31. Este dispositivo abre un amplio camino para proteger y salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

32. Esto es así porque "el derecho a tener un abogado se encuentra en la raíz del juicio imparcial y es su fundamento necesario". Des. Per Ogwuegbu, en Solomon Ogboh and Another vs. The Federal Republic of Nigeria (2002) 10 NSCQLR pt. 1 pp. 498-509.

33. Se trata de la única manera de dar pleno sentido al dispositivo que garantiza una audiencia equitativa.

34. Véase N. S. Okogbule, "The Nigerian Factor and the Criminal Justice System" (*University of Benin Law Journal* n. 7, 2004), p. 165.

35. Instituida por el presidente de la Suprema Corte de Nigeria, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 42.3 de la Constitución de 1979, esta regla entró en vigor el 1º de enero de 1980.

36. (1986) 1 NWLR pt. 17, p. 471.

37. *Id.*, p. 478.

38. De acuerdo con las reglas 2 y 3 de las Normas de los Derechos Fundamentales (Procedimiento para Ejecución) de 1979. Para una evaluación de las Normas, véase M. O. Unegbu, *Enforcement of Fundamental Rights in Nigeria, Notes, Cases and Precedents* (Deeplaw Professional Publishers, 1997).

39. (1989) 4 NWLR pt. 116, p. 387

40. *Id.*, p. 419.

41. *Id.*, *ibid.*

42. Véase *Borno Radio Television Corporation vs. Basil Egbuonu* (1991) 2 NWLR pt. 171, p.81; *Federal Republic of Nigeria and Another vs. Lord Chief Udensi Ifegwu* (2003) 15 NWLR pt. 842, p. 113.
43. *Alhaji Umaru Tukur vs. The Governor of Taraba State and 2 Others* (1997) 6 NWLR pt. 510, p.549. La decisión anterior de la Suprema Corte sobre otro aspecto del caso se encuentra en (1989) 4 NWLR pt. 117, p. 517.
44. Este caso tiene un historial intrincado. Comenzó en el Tribunal Superior Federal, en los términos de las Normas de los Derechos Fundamentales (Procedimiento para Ejecución) de 1979, y la Suprema Corte terminó sosteniendo que el Tribunal Superior Federal no tenía jurisdicción sobre el tema, pues este se refería fundamentalmente a la cuestión de la posesión del cargo. Se instituyó entonces otra acción en el Tribunal de Justicia de Yola, donde la Suprema Corte sostuvo que, para iniciar una acción basada en las Normas de los Derechos Fundamentales (Procedimiento para Ejecución) de 1979, la cuestión principal tendría que ser el cumplimiento de un derecho reconocible; y que ese proceso se tendría que haber iniciado con un mandato de citación.
45. En efecto, cualquier profesión merecedora del nombre debe estar fundamentada en normas técnicas, preceptos y expresiones, y el derecho no es una excepción.
46. Véase *Alhaji Adetoro Lawal vs. Bello Salami and Other* (2002) 2 NWLR pt. 752, p. 687; *Babatunde Adenuga and 5 Others vs. J. K. Odumeru and 7 Others* (2003) 8 NWLR pt. 821, p. 163; *Attorney-General of Akwa Ibom State and Another vs. I. G. Essien* (2004) 7 NWLR pt. 872, p. 288.
47. *Attorney-General of Akwa Ibom State and Another vs. I. G. Essien*, citado.
48. La justificación de esta norma consiste en promover el respeto por el Estado de Derecho. Véase *Senator Abraham Adesanya vs. President of the Federal Republic of Nigeria* (1981) 2 NCLR 358.
49. La justicia tiene que ser accesible a todos, independientemente del status socioeconómico del individuo. Véase, sin embargo, J. N. Aduba, "The Impact of Poverty on the Realisation of Fundamental Human Rights in Nigeria", in Y. Osinbajo y A. Kalu (eds.), *Democracy and the Law* (Federal Ministry of Justice, 1991), p. 200, respecto de la incapacidad de los pobres para exigir el cumplimiento de sus derechos fundamentales.
50. *Id.*, *ibid.*, en el caso *Senator Abraham Adesanya vs. President of the Federal Republic of Nigeria*.
51. *Id.*, p. 131.
52. *Caso Chief Irene Thomas and 5 Others vs. Timothy Olufosoye* (1985) NWLR pt. 18, p. 669.
53. Parafraseando la opinión de Bello, entonces juez de la Suprema Corte, en el proceso del senador Adesanya contra el presidente de Nigeria, citado en la nota 45.
54. La actual aceptación del enfoque liberal en la interpretación de los dispositivos constitucionales debería necesariamente conducir a la aceptación del *locus standi* siempre que el proceso contestara infracciones constitucionales.
55. *Id.* nota 50, p. 686. Véase también: A. Guobadia, "Constitutional Adjudication: *Locus Standi* Recent Trends in Nigerian Courts", in *The Nigerian Juridical Review*, v. 3, 1978-1988, pp. 37-53; S. T. Hon, *op. cit.* (nota 1), pp. 409-410; I. E. Sagay, *A Legacy for Posterity: The Work of the Supreme Court (1980-1988)* (Nigerian Law Publications, 1988), pp. 263-274.
56. Véase el caso *J. K. Owodunni vs. Registered Trustees of Celestial Church of Christ and 3 Others* (2000) 79 LRCN, p. 2406.

57. Tal como en la decisión del caso Babatunde Adenuga, citado en la nota 44.
58. Véase A. G. Shettima, "Socio-Economic Obstacles to the Realisation of a Just Society: The Nigerian Experience", en Y. Osinbajo et al. (eds.), *Human Rights, Democracy and Development in Nigeria* (Lagos: Legal Research and Resource Development Centre, 1999), pp. 100-104.
59. Véase T. A. Aguda, 1989 (citado en la nota 13), pp. 29-30.
60. Las declaraciones que resaltan el compromiso del gobierno de mantener el Estado de Derecho y el respeto por los derechos humanos – en particular en ocasión de conferencias, sesiones solemnes de homenaje a jueces que se jubilan y en la apertura del año judicial – ya se volvieron lugar común en los pronunciamientos de representantes del gobierno.
61. Vea A. Olujinmi, *Agenda for Reforming the Justice Sector in Nigeria* (Federal Ministry of Justice, 2004), p. 6. És significativo que estos objetivos coincidan con nuestras sugerencias en el presente artículo y se espera que se traduzcan en implementación efectiva en un futuro no muy lejano.
62. Vea A. O. Obilade, "The Relevance of Customary Law to Modern Nigerian Society", en Y. Osinbajo y A. U. Kalu (eds.), *Towards a Restatement of Nigerian Customary Laws* (Lagos: Federal Ministry of Justice, 1991), pp. 1-4; A. A. O. Okunniga, *Transplants and Mongrels and the Law: The Nigerian Experiment* (Inaugural Lecture Series 62, University of Ife Press, 1983), pp. 20-21.
63. Las ventajas de estos mecanismos se destacan en A. I. Chukwuemerie, *Studies and Materials in International Commercial Arbitration* (Port Harcourt, Nigeria: Lawhouse Books, 2002), pp. 1-31. Véase también G. C. Nwakoby, "Exploring Arbitration: A Commentary" (*Modern Practice Journal of Finance and Investment Law*, enero - abril de 2004, v. 8, n. 1-2, p. 1), pp. 8-16. Sobre el Foro Multi-Puertas de Lagos, véase K. Aina, "The Lagos Multi-Door Courthouse and the Judge: A New Beginning" (*Modern Practice Journal of Finance and Investment Law*, julio-octubre de 2004, v. 8, n. 3-4, p. 340).
64. Véase el preámbulo del Cap. 206, Leyes de la Federación de Nigeria, 1990.
65. Tales problemas incluyen presupuestos insuficientes, falta de personal y alcance limitado de sus operaciones. Véase I. O. Omoruyi y O. Enabulele, "The Effectiveness of the Legal Aid as a Means of Access to Justice in Nigeria" (*Benin Journal of Public Law*, v. 2, n. 1, 2004), pp. 144-146.
66. Véase *Ogbonu vs. The State* (1987) 2 NWLR pt. 54, p. 20.

MARÍA JOSÉ GUEMBE

Abogada, realizó una maestría en derecho internacional de los derechos humanos en la Universidad de Notre Dame, Indiana, Estados Unidos. Fue directora del Programa Memoria y Lucha contra la Impunidad del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Actualmente trabaja en la Representación Especial para los Derechos Humanos en el Exterior, de la Cancillería argentina.

RESUMEN

Recientemente, la Corte Suprema de la Argentina ha resuelto declarar inválidas las leyes de amnistía que beneficiaban a los militares involucrados en las violaciones graves a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar. Las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida dejaron sin castigo a la gran mayoría de los militares involucrados en la comisión de crímenes de lesa humanidad. La decisión judicial de revertir la situación de impunidad y garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y la justicia reviste gran trascendencia política, ya que permite la reapertura de los juicios por torturas, desapariciones forzadas y asesinatos que habían quedado clausurados. La sentencia se enmarca en el largo proceso que ha atravesado la sociedad argentina para tratar el legado de su pasado reciente. Este artículo comenta los puntos salientes de esa histórica decisión judicial y repasa los acontecimientos que la precedieron y que de algún modo la hicieron posible. [Artículo original en español.]

PALABRAS CLAVES

Dictadura militar – Juicios por la verdad – Tortura – Corte Suprema Argentina

LA REAPERTURA DE LOS JUICIOS POR LOS CRÍMENES DE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA

María José Gumbre

El 14 de junio de 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) declaró en la Argentina la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final (23.492) y de Obediencia Debida (23.521), que impedían la sanción de los crímenes de lesa humanidad cometidos por el Estado entre 1975 y 1983. La resolución judicial es el corolario del proceso de lucha contra la impunidad de casi tres décadas encarado por el movimiento de derechos humanos.

El objeto de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida fue amnistiar a los oficiales de rango medio y bajo. El argumento presentado a la opinión pública en el momento de su sanción fue que tal medida resultaba necesaria para preservar la paz social. Cuando la Corte Suprema debió, por primera vez, analizar la validez de estas leyes, juzgó que eran el resultado de una ponderación sobre los graves intereses en juego, privativa del poder político, y que como tal debía ser admitida por el Poder Judicial.

Tal fue la decisión de la Corte en el año 1987. En aquella oportunidad el tribunal opinó que el Poder Judicial no debía evaluar la conveniencia o eficacia de los medios adoptados por el Poder Legislativo para lograr sus propósitos, excepto cuando violaran derechos individuales básicos o fueran irrazonables respecto de los fines que buscaban lograr.¹ Hubo magistrados que, incluso cuestionando las características de la ley de Obediencia Debida, resolvieron que el Congreso tenía facultades para dictar aquella norma.² La decisión de la Corte en ese momento contó solo con una disidencia.

1. CSJN, decisión del 22 de junio de 1987, voto de los jueces Caballero y Belluscio.

2. El juez Petracchi dijo que la obediencia a órdenes no justifica ni excusa conducta alguna y que una presunción irreversible de que los militares de rango inferior habían actuado obedeciendo órdenes violaba el principio de separación de los poderes del Estado al obligar a los jueces a no tener en cuenta los datos empíricos objetivos. Sin embargo, entendió que la ley debía ser considerada como una amnistía que encuadraba en las facultades del Congreso.

En los años que siguieron, se produjo una importante evolución del derecho nacional e internacional que obligó a los jueces a revisar esa posición. La revisión judicial de la que hablamos se llevó a cabo, de manera paulatina, en distintos casos sobre violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar.

Los límites de las decisiones políticas en casos de graves violaciones a los derechos humanos

La incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución Nacional, en 1994, determinó que las decisiones políticas que vulnerasen los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos no podían ser toleradas. Al adoptar los tratados de derechos humanos y otorgarles jerarquía constitucional, el Estado asumió obligaciones especiales de carácter internacional.

Es extensa la literatura acerca de las obligaciones que surgen para los Estados-partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en casos de violaciones graves a los derechos humanos. Ambos pactos establecen el deber de respetar y garantizar los derechos reconocidos en ellos a todas las personas sujetas a su jurisdicción (Artículos 1.1 y 2.1, respectivamente).

Lo fundamental en cuanto al tema que nos ocupa es la interpretación que se ha realizado de tales normas. Se ha establecido que como parte de esa obligación genérica, frente a violaciones graves o sistemáticas surgen obligaciones específicas que consisten en investigar los hechos, sancionar a los responsables, reparar a las víctimas y realizar reformas institucionales que impidan la repetición de las atrocidades. Esta interpretación ha sido sostenida por la Comisión y la Corte interamericanas a lo largo de los años y también por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Por su parte, la Corte Suprema de la Argentina ha afirmado que la jurisprudencia emanada de los organismos encargados de interpretar los tratados constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de estos.³ De tal modo, las obligaciones de jerarquía constitucional asumidas frente a la comunidad internacional, cuyos alcances se han ido definiendo a lo largo del tiempo, limitan las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos. La Corte señala:

3. Girolidi, Horacio David y Otro s/ recurso de casación. CSJN, sentencia del 7 de abril de 1995. En: *Jurisprudencia Argentina*, t. 1995-III.

Si bien es cierto que [...] la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre “civiles y militares”. Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al “olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables.⁴

Más adelante volveremos sobre esta decisión de la Corte Suprema argentina, pero previamente repasaremos otros hechos nacionales o internacionales que abonaron la decisión de los jueces sobre las amnistías.

La recepción por parte de los jueces de los cambios en la esfera internacional

El caso Velásquez Rodríguez,⁵ en el que la Corte Interamericana dejó establecida la obligación de los Estados de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, y el Informe 28/92, en el que la Comisión Interamericana estableció la violación de la Convención Americana por parte del Estado argentino al sancionar las leyes de amnistía, habían servido de base para que los jueces reconocieran el derecho a la verdad y abrieran juicios para garantizarlo. Esto ocurrió en el año 1995; todavía era necesaria una evolución del pensamiento y la práctica judicial para revisar la validez de las amnistías.

A partir del reconocimiento de los jueces de su obligación de investigar – contracara del derecho a la verdad –, se abrieron “juicios por la verdad” a lo largo de todo el país. La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el derecho, no sin discusión, en el año 1998. En un primer momento dictó un fallo en el que estableció el derecho pero negó que la vía para hacerlo efectivo fueran los juicios penales, tal como lo reclamaban los familiares de las víctimas. Por el contrario, estableció que debía hacerse valer por la vía

4. CSJN, Simón, Julio Héctor y Otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa n. 17.768, decisión del 14 de junio de 2005, párrafo 16.

5. Corte IDH, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, n. 4.

del juicio de *habeas data*, destinado, según la legislación argentina, a obtener información personal asentada en bancos públicos o privados de almacenamiento de datos.⁶ Solo algunos jueces siguieron la jurisprudencia del tribunal supremo; la mayoría de los casos continuaron su trámite ante los jueces penales.

Los juicios por la verdad llevaron a los militares nuevamente a los tribunales y habilitaron vías de investigación para saber qué ocurrió con cada una de las víctimas del terrorismo de Estado. Estos juicios permitieron mantener activo al Poder Judicial en lo referente a los hechos de la dictadura que habían sido amnistiados.

Mientras esto ocurría en el ámbito nacional, comenzó a cambiar la posición de la comunidad internacional con relación a la impunidad de las violaciones graves a los derechos humanos. Los Estados empezaron a mostrarse cada vez más reacios a tolerar las soluciones en que los derechos de las víctimas quedaban totalmente relegados.

En 1995 comenzaron los preparativos para elaborar un tratado que concretara la voluntad de contar con un catálogo de crímenes de derecho internacional y con una Corte Penal Internacional permanente para su juzgamiento. Dicho deseo se concretó en 1998, el mismo año en que Augusto Pinochet fue detenido en Londres.

En 1996, en España comenzó a investigarse lo ocurrido en la Argentina durante la dictadura militar, en aplicación del principio de jurisdicción universal. El mismo juzgado que había encarado los juicios contra los militares argentinos obtuvo la detención de Pinochet en Londres para juzgarlo en Madrid. Tal decisión despertó el clamor universal por la justicia, y si bien la extradición a España no se concretó, quedó claro que los crímenes por los que se acusaba a Pinochet debían ser juzgados.

La justicia española, al igual que jueces de Francia, Italia y Alemania, comenzó a solicitar la extradición de militares argentinos para ser juzgados en el exterior. Estos hechos sometieron a una fuerte presión a las autoridades argentinas. De este modo, los cambios en la esfera internacional promovieron cambios dentro del país.

En 1998, el Congreso Nacional decidió derogar las leyes de Punto Final

6. Esta jurisprudencia fue establecida en dos casos sucesivos. El primero de ellos fue el caso Lapacó, en el que se estableció que la vía para hacer valer el derecho a la verdad no eran los juicios penales. El segundo de ellos, el caso Urteaga, estableció que dicha vía era el recurso de *habeas data*. Con motivo del primero de los fallos mencionados se realizó una presentación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se llegó a un acuerdo de solución amistosa en el que el Estado argentino se comprometió a reconocer el derecho a la verdad por medio de una ley y a establecer un procedimiento adecuado para su efectiva garantía.

y de Obediencia Debida.⁷ La derogación fue el resultado de la acción de un grupo de diputados que presentaron un proyecto de ley que planteaba la anulación de las leyes. Esta iniciativa generó un fuerte debate sobre la posibilidad y los efectos de la anulación de las leyes, así como sobre los motivos que habrían llevado en su momento a sancionarlas. Las voces más conservadoras alertaron sobre los efectos institucionales de la anulación legislativa y la necesidad de preservar la seguridad jurídica. Desde el lado opuesto se proclamó la obligación de investigar, perseguir y sancionar, y se justificó la anulación sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos. El resultado de este debate fue una resolución que quedó a mitad de camino y que no conformó a las víctimas. La derogación no eliminaba los efectos ya cumplidos por las leyes, sino solo aquellos que se cumplieran de allí en más. Rápidamente los sectores conservadores de la opinión pública tranquilizaron a los militares con la aclaración de que la decisión era solo simbólica y que no tendría efectos reales. Esta afirmación era parcialmente cierta. La derogación también podía ser interpretada válidamente como una señal, una luz verde, para que los jueces avanzaran en el camino de la justicia que lentamente habían empezado a recorrer.⁸

Sin manifestarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, los jueces argentinos comenzaron a revisar algunas cuestiones que impedían avanzar en el juzgamiento de hechos que habían quedado fuera de las leyes de impunidad. Tal era el caso del delito de apropiación de niños hijos de personas desaparecidas y su cambio de identidad. El primer paso en este sentido fue el reconocimiento de que los delitos cometidos por los militares durante la dictadura constituían crímenes contra la humanidad y, por tanto, revestían características distintas de los delitos comprendidos en el Código Penal argentino.

Este reconocimiento tendría efectos sobre cuestiones tales como la prescripción de la acción penal. En relación con este punto, una de las primeras decisiones en resolver la cuestión expresó:

La evolución del derecho [...] lo cual ocurre particularmente con el derecho internacional, ha implicado una sensible modificación del panorama jurídico en base al cual debe decidirse el presente caso. Es que, de acuerdo con el derecho internacional público, los hechos imputados, además de ostentar per se el carácter de permanentes hasta tanto la suerte y el paradero de la persona desaparecida se ignoren, resultan imprescriptibles por tratarse de delitos contra la humanidad,

7. La derogación fue dispuesta por la ley 24.952, publicada en el *Boletín Oficial* el 17 de abril de 1998.

8. Años más tarde el Congreso daría un paso más y decidiría su anulación.

cualquiera sea la fecha de su comisión. [...] [L]a desaparición forzada de personas, en cuyo concepto se inscriben los hechos aquí investigados, constituye un crimen contra la humanidad, como tal imprescriptible, y esa característica se impone por sobre las normas internas que puedan contener disposiciones contrarias, independientemente de la fecha de su comisión.⁹

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó la imprescriptibilidad de la acción penal en casos de crímenes de lesa humanidad. Lo hizo también en un caso que no estaba comprendido en las leyes de impunidad: el asesinato, en Buenos Aires, de un ex jefe del Ejército chileno, el general Prats, y de su esposa por miembros de la Dirección de Inteligencia Nacional en el gobierno de Augusto Pinochet.¹⁰

El problema que se planteaba era que la Argentina había ratificado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad mucho después de que se cometieran los hechos que la causa investigaba. Para salvar tal obstáculo, la Corte Suprema expresó que dicha convención solo **afirmó** la imprescriptibilidad, que ya se hallaba reconocida como norma de *ius cogens*.

De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos. [...] Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno.¹¹

En consecuencia, la Corte resolvió que:

[...] los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que esta ya era la regla por costumbre

9. CFCyC Videla s/ excepción de prescripción.

10. El general Carlos Prats, ex comandante en jefe del Ejército durante el gobierno de Salvador Allende, fue asesinado en la Argentina en septiembre de 1974. El asesinato fue cometido por miembros de la Dirección de Inteligencia chilena (DINA) que se movilizaron a Buenos Aires y contaron, obviamente, con la colaboración argentina.

11. CSJN, Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros. Causa n. 259, resolución del 24 de agosto de 2004, párrafos 28 y 29.

*internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino. [...] Las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.*¹²

La prescripción de los crímenes era uno de los obstáculos más serios para la persecución de los militares, que de este modo quedó resuelto. La Corte volvería a analizar el tema al resolver la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad.

La inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida

La primera decisión que analizó la congruencia de las leyes de impunidad con la Constitución y los tratados de derechos humanos fue dictada en el año 2001. Como mencionamos anteriormente, en el momento de ser sancionadas las leyes, la Corte Suprema las había convalidado. Sin embargo, la cuestión se planteó nuevamente ante los tribunales más de diez años después, en virtud de que el estado del derecho interno e internacional había variado y, por tanto, esos cambios debían alterar la decisión sobre la validez de las leyes.

En marzo de 2001, un juez declaró por primera vez la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.¹³ La base de la resolución fue el reconocimiento de que los delitos – en tanto fueron cometidos en el marco del plan sistemático de represión llevado a cabo por el gobierno de facto y en virtud de su gravedad – constituyen crímenes contra la humanidad. “Tal circunstancia impone que deban ser juzgados incorporando a su análisis jurídico las reglas del derecho de gentes que son vinculantes para nuestro país y forman parte del ordenamiento jurídico interno”, afirmó el juez. Las leyes de impunidad “[...] se oponen a principios jurídicos reconocidos universalmente desde hace siglos y trastocan gravemente el sistema de valores en el que se apoya nuestro sistema jurídico. La contradicción de esas leyes con dicha normativa lleva, como se verá oportunamente, a que deban ser declaradas inválidas”.¹⁴

12. Id., párrafos 33 y 36.

13. Gabriel Cavallo, entonces a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n. 4 de la Capital Federal. Causa n. 8.686/2000, Simón, Julio y Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años.

14. Id.

El juez reconoció que las leyes se oponen a las disposiciones incluidas en tratados internacionales de los que la Argentina forma parte, que obligan a investigar, perseguir y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos. La obligación de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y el Pacto, así como el deber de adoptar medidas en el orden interno para hacer efectivas las disposiciones en ellos contenidas implican para la Argentina un mandato que incumbe a todos los poderes, incluido el Poder Judicial. En cumplimiento de esa obligación el juez evaluó la contradicción normativa existente entre las leyes 23.492 y 23.521 y los citados tratados.

Con relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el juez afirmó:

Como ha quedado demostrado, la posibilidad de los damnificados de acceder a la justicia para que se investiguen delitos cometidos por integrantes de las fuerzas armadas o de seguridad del Estado se ve pulverizada por las disposiciones de las leyes 23.492 y 23.521. En tal sentido, se suprime la posibilidad de que un tribunal independiente e imparcial conozca sobre un caso de violación a los derechos humanos, lo que convierte a dichas leyes en ilícitas para el derecho derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [...] En consecuencia, la sanción y la vigencia de las leyes 23.492 y 23.521, en tanto impiden llevar adelante las investigaciones necesarias para identificar a los autores y partícipes de las violaciones a los derechos humanos perpetradas durante el gobierno de facto (1976-1983) y aplicarles las sanciones penales correspondientes, son violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Verificado entonces que la sanción y vigencia de las leyes 23.492 y 23.521 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se impone declarar inválidas a las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”.¹⁵

Con similares argumentos, afirmó el juez: “[L]as leyes de ‘Punto Final’ y ‘Obediencia Debida’ son contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dado que implican una valla que imposibilita llevar a cabo el cumplimiento del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por este tratado en los artículos 2.2, 2.3 y 9.5. Por lo tanto, dada esta contradicción estas leyes deben ser declaradas inválidas a la luz de lo estipulado por este tratado internacional”.¹⁶

15. Id.

16. Id.

Esta decisión judicial recibió un fuerte respaldo cuando, a pocos días de dictada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia en el caso Barrios Altos¹⁷ y declaró la invalidez de las leyes de amnistía dictadas por el gobierno de Alberto Fujimori.

En su resolución, la Corte Interamericana se pronunció sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte afirmó que el Estado está obligado a privar a dichas leyes de efectos jurídicos en el derecho interno, a investigar, procesar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos, y a sancionar a los responsables. La decisión de la Corte en el caso Barrios Altos marcó una nueva etapa en la jurisprudencia de la región.

En noviembre de 2001, la Cámara de Apelaciones ratificó la decisión judicial que había declarado la nulidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.¹⁸ Uno de los argumentos centrales de la decisión del tribunal de apelaciones fue el fallo emanado de la Corte Interamericana. “Nos encontramos ante un delito de lesa humanidad, como crimen de derecho internacional, cuya imprescriptibilidad, contenido, naturaleza y condiciones de responsabilidad son establecidas por el derecho internacional con independencia de los criterios que puedan establecerse en el derecho interno de los Estados”, afirmó el tribunal.¹⁹

La obligación de juzgar los delitos de esa gravedad, según los jueces, se encuentra en el artículo 118 de la Constitución en tanto reconoce el derecho de gentes. Por otra parte, los tratados internacionales incorporados a la Constitución obligan al Estado argentino a juzgar y castigar las violaciones graves a los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentenciado que las leyes de amnistía son contrarias al Pacto de San José de Costa Rica y que por ello son inválidas. Las decisiones de ese órgano, competente para la interpretación y aplicación del Pacto, deben ser contempladas por los tribunales argentinos en sus resoluciones.

La Cámara citó textualmente los párrafos salientes de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos. En particular, remarcó que “es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del

17. Corte IADH, Caso Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú, sentencia dictada el 14 de marzo de 2001.

18. CFCyC, Causa n. 17.889, Incidente de apelación de Simón, Julio, sentencia del 9 de noviembre de 2001.

19. Id.

Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores constituyen una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía”.²⁰

El orden internacional, entonces, de acuerdo con la resolución de la Cámara Federal, obliga a imponer sanciones a los responsables de crímenes de lesa humanidad. Por ello, el tribunal afirmó que “fuera de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, no existe impedimento normativo alguno para cumplir con esas exigencias. Pero, en tanto esas normas se oponen a la operatividad de esos mandatos constitucionales, corresponde declararlas inválidas y privarlas de cualquier efecto”.²¹

A su vez, los jueces expresaron:

*[...] es indudable que la Corte Suprema posee una especial obligación de hacer respetar los derechos humanos fundamentales, pues, en la esfera de sus atribuciones, el Tribunal representa la soberanía nacional [...]. En ese carácter, es cabeza de uno de los poderes del gobierno federal, al cual indudablemente corresponde el arreglo de las cuestiones que pueden comprometer la responsabilidad internacional de la República Argentina, como las que den lugar a la intervención de los mencionados organismos supranacionales previstos en la Convención Americana.*²²

Luego de una extensa y fundada resolución, el tribunal concluyó que “en el contexto actual de nuestro derecho interno la invalidación y declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no constituye una alternativa. Es una obligación”.

Decisiones similares se reprodujeron en muchos casos en varios puntos del país.²³ Poco a poco, los tribunales comenzaron a declarar la nulidad de

20. Id.

21. Id.

22. Id.

23. Otros juzgados y cámaras de diversos puntos del país han dictado resoluciones declarando la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad: Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n. 3, causa n. 16.441/02 (“Masacre de Fátima”) (22/7/2004); Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n. 3, causa n. 14.216/2003 (ex causa n. 450 de la Excm. Cámara Federal) caratulada “Suárez Mason, Guillermo y otros s/ homicidio agravado, privación ilegal de la libertad agravada...” (16/9/2003); Juzg. Fed. n. 2 de La Plata, en la causa n. 7/7.768 caratulada “Crous, Félix Pablo s/ su dcia” (19/9/2003); Cámara Federal de Salta, causa n. 027/03 caratulada “Cabezas, Daniel Vicente y Otros s/ Denuncia – Palomitas – Cabezas de Buey” (29/7/2003); Juzg. Fed. de Chaco, en la causa caratulada “Verbitsky, Horacio – CELS. s/ inconstitucionalidad de las leyes n. 23.521 y 23.492” (6/3/2003);

las leyes, dando así reapertura a los juicios por violaciones a los derechos humanos durante la dictadura, que habían permanecido clausurados por casi veinte años.

La Corte Suprema de Justicia tardó varios años en resolver la cuestión. Esta demora llevó a que, en el momento de dictar sentencia, la composición del tribunal hubiese variado. Varios miembros del Alto Tribunal fueron removidos o renunciaron para evitar el juicio político, y fueron reemplazados por medio de un procedimiento que garantizó la participación de la sociedad civil.

El 14 de junio de 2005 la Corte dictó sentencia y declaró que las leyes de impunidad son contrarias a la Constitución argentina. La Corte tuvo en cuenta que “las leyes de Punto Final, Obediencia Debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92. En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos – desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros – cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes [...] y por el decreto 1.002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el Artículo 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los Artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Asimismo, recomendó al gobierno argentino “la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar”.²⁴

La decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establecía claramente el límite en el poder de decisión de los Estados frente a hechos como los ocurridos durante la dictadura. Sin embargo, el Informe 28/92 no tuvo efectos sobre las leyes de amnistía. Al decir de la Corte Suprema, faltaba establecer los alcances concretos de la recomendación de la Corte IDH. No quedaba claro, según la Corte

Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n. 11, causa n. 6.859/98 caratulada “Scagliusi, Claudio Gustavo y Otros s/ privación ilegal de la libertad” (12/9/2002); Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n. 11, causa n. 7.694/99 caratulada “Astiz Alfredo y Otros s/ delito de acción pública” (1/10/2001). Por último, el 19 de marzo de 2004 el Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n. 3 declaró la nulidad de los decretos de indulto 1.002/89 y 2.746/90, en la causa n. 14.216/2003 (ex causa n. 450 de la Cámara Federal) caratulada “Suárez Mason, Guillermo y Otros s/ homicidio agravado, privación ilegal de la libertad agravada”. Esta decisión fue convalidada por el Tribunal de Apelaciones y queda pendiente la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

24. CSJN, Simón, Julio Héctor y Otros, citado, cons. 22.

[...] si era suficiente el mero “esclarecimiento” de los hechos, en el sentido de los llamados “juicios de la verdad”, o si los deberes (¡y las facultades!) del Estado argentino en esta dirección también suponían privar a las leyes y el decreto en cuestión de todos sus efectos, ya que tal conclusión significaba producir una fuerte restricción de la cosa juzgada y del principio de legalidad, que impide prolongar retroactivamente la prescripción de la acción penal, ya cumplida en muchos casos.

Las dudas fueron finalmente esclarecidas con el caso Barrios Altos, donde la Corte Interamericana consideró que Perú era responsable por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal derivada de la masacre, así como por haber amnistiado tales delitos. Las amnistías violaron las garantías judiciales, el derecho a la protección judicial, y la obligación de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno. Con relación a este último aspecto, la Corte Interamericana señaló expresamente:

41. [...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

[...]

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables [...].

La Corte Suprema argentina entendió – tal como lo había hecho anteriormente – que los tribunales argentinos debían tomar las decisiones de la Corte Interamericana como pauta interpretativa. Con base en su jurisprudencia anterior, el más alto tribunal argentino resolvió que debía acatar el fallo del caso Barrios Altos, y lo interpretó de modo amplio en los siguientes términos:

[A] fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte

Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de “irretroactividad” de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.

La Corte también recurrió a las opiniones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, según las cuales “cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto [...] los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal como ha ocurrido con determinadas amnistías”.²⁵ El Comité había dicho a la Argentina que la derogación de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida no era suficiente para revertir la situación de impunidad que estas habían creado. “Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores.”²⁶

La Corte resolvió en consonancia con las decisiones de organismos internacionales; declaró, por tanto, la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida y decidió que no tendría efecto ningún acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina. Resolvió también declarar válida la ley del Congreso de la Nación que había anulado las leyes de impunidad.²⁷

La decisión lleva las firmas de los jueces Enrique Petracchi, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena Highton de Nolasco, Ricardo Lorenzetti y Carmen Argibay. La única disidencia fue la del juez Carlos Fayt. El noveno magistrado – Augusto Belluscio – decidió excusarse. Tres de los jueces que integran actualmente el tribunal habían participado del fallo de la Corte que en 1987 había convalidado las leyes. Enrique Petracchi modificó su postura y lo fundamentó en la preeminencia que el derecho

25. Observación General n. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, “La indole de la obligación jurídica general impuesta”, 80º período de sesiones (2004), párrafos 17 y ss.

26. Sesión 1893, del 1 de noviembre de 2000, párrafo 9.

27. El Congreso Nacional había anulado las leyes en el mes de septiembre de 2003 por medio de la ley 25.779, publicada en el *Boletín Oficial* el 3 de septiembre de 2003. Esta norma había sido tachada de inconstitucional por los militares imputados en la causa.

internacional tiene en el derecho argentino desde la reforma constitucional de 1994. Carlos Fayt repitió su anterior posición, que sostenía que el contexto en el que las normas fueron dictadas requería de medidas de ese tenor. En cuanto a los tratados de derechos humanos, según este juez, se encuentran subordinados a la Constitución, a pesar de hallarse incorporados a ella.

El estado actual de las obligaciones del Estado

La obligación del Estado argentino de investigar las violaciones a los derechos humanos del pasado reciente fue abordada por medio de la creación en 1984 de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) y, posteriormente, con la apertura de los juicios por la verdad.

La obligación de perseguir y sancionar fue parcialmente cumplida con el juicio a las juntas militares, cuya sentencia se dictó en 1985.²⁸ Si bien los comandantes que fueron condenados en aquella oportunidad recibieron, posteriormente, el indulto del presidente Carlos Menem, los hechos que se investigaban pudieron ser ventilados en juicio penal y las responsabilidades fueron claramente establecidas. Los indultos han sido declarados inconstitucionales por jueces de primera instancia y tales decisiones fueron ratificadas por tribunales de apelaciones. La decisión final será de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que aún no ha examinado el caso.

Actualmente, los juicios en los que se investiga la responsabilidad de los demás integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad se encuentran abiertos y en pleno trámite. Algunos de ellos serán pronto elevados a juicio oral y público. Muchos de estos casos se encontraban listos para la realización del juicio oral cuando se dictaron las leyes de impunidad. Por ello, no tardarán en avanzar y llegar a la sentencia. Otros deberán aguardar la realización de una investigación más exhaustiva.

La obligación de reparar las violaciones a los derechos humanos ha sido objeto de una política específica por parte del Estado argentino. Conviene detenerse en este punto para realizar un breve repaso por las normas que repararon económicamente a las víctimas.

La reparación se concretó por medio de diversas normas legales, sancionadas en su mayoría desde el año 1994. Por una parte, se sancionó la ley 24.043, que estableció un monto compensatorio para las personas que fueron ilegalmente privadas de su libertad durante la dictadura militar. Los beneficiarios de esta norma eran las personas que antes del 10 de diciembre

28. CFCyC, causa 13/85, sentencia del 9 de diciembre de 1985.

de 1983 hubieran estado detenidas a disposición del Poder Ejecutivo, en virtud de la declaración del estado de sitio.²⁹ También comprendió a los civiles detenidos por decisión de tribunales militares, con o sin sentencia.

Con posterioridad, el Congreso Nacional sancionó otra ley que otorgó una reparación económica a las víctimas de desaparición forzada y a los sucesores de personas asesinadas por los militares, miembros de las fuerzas de seguridad o grupos paramilitares.³⁰ Sin lugar a dudas, esta ley fue la que suscitó la mayor discusión sobre el significado de reparar económicamente los crímenes de la dictadura, aún sin castigo. Para comprender los debates que se generaron es necesario tener en cuenta los conflictos que desató la desaparición forzada de personas: la negación de la información acerca de las víctimas durante la dictadura, la falta de respuestas individualizadas desde el restablecimiento de la democracia y la impunidad de los responsables.

En este proceso de reparación surgió entonces un nuevo estatus legal para las personas en el ordenamiento jurídico argentino, el de “ausente por desaparición forzada”. De este modo, las personas desaparecidas fueron declaradas legalmente tales y no muertas, y el dinero entregado por el Estado fue dado a nombre de las propias víctimas y no de sus sucesores legales. La declaración por parte del Estado de que la persona continúa desaparecida implica un reconocimiento oficial y la asunción de que su cuerpo no ha sido recuperado y de que no se sabe cuál fue su destino final.³¹

Si bien no existe información oficial acerca del monto total pagado por el Estado argentino hasta el momento, es posible estimar que se abonaron alrededor de 1.170.000 mil pesos en concepto de reparación por detenciones arbitrarias³² y alrededor de 1.912.960 mil pesos por reparación de desapariciones forzadas y asesinatos.³³ Tomando estos datos, el total abonado estimado ascendería a la suma de 3.082.960 mil pesos.

29. El estado de sitio fue dictado el 6 de noviembre de 1974; en el mismo decreto el gobierno de María Estela Martínez había ordenado la “eliminación de la subversión”, lo que dio lugar al comienzo de la aplicación del terrorismo de Estado en la Argentina.

30. Ley 24.411, sancionada el 7 de diciembre de 1994. Decreto reglamentario 403/95, sancionado el 29 de agosto de 1995.

31. La respuesta oficial a este problema fue la sanción de la ley de Ausencia por Desaparición Forzada (n. 24.321, sancionada el 11 de mayo de 1994), que no presume que la persona falleció sino que el Estado asume que no está porque fue secuestrada ilegítimamente por sus agentes y nunca apareció, ni viva ni muerta. Los familiares, casi en forma unánime, han aplaudido esta solución.

32. Para llegar a este número calculamos que se pagó un promedio de 150 mil pesos a cada una de las 7.800 personas que cobraron la reparación.

33. Se habrían pagado 224 mil pesos a 8.540 personas.

Por medio de otra ley de reciente sanción, se dispuso la reparación para las víctimas de la dictadura menores de edad.³⁴ La norma repara a las personas que nacieron durante la privación de la libertad de sus madres; a los niños y niñas que permanecieron detenidos debido a la detención o desaparición de sus padres por razones políticas – ya sea a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, de tribunales militares o de áreas militares –, y a las personas que hayan sido víctimas de sustitución de identidad. Este último supuesto se refiere a los casos de niños o niñas que fueron robados a sus padres detenidos-desaparecidos, e inscritos como hijos o hijas legítimos de otras familias (en muchos casos como hijos propios de los militares o policías que los sustrajeron de sus padres biológicos).³⁵

Desde el Estado argentino se promovió también la reparación de las víctimas argentinas cuyos derechos hubieran sido violados en otros países de la región, en virtud del denominado Plan Cóndor. Se trató de la coordinación represiva entre los gobiernos del Cono Sur de América para llevar adelante la represión ilegal. Esta coordinación comenzó a esbozarse en 1974 y se extendió hasta el fin de las dictaduras militares de la región. Por medio de esta operación se eliminaron las fronteras nacionales a los efectos de la acción represiva, lo que permitió que los regímenes militares violaran los derechos humanos de sus nacionales en territorios de otros países. Así, se cometieron secuestros y asesinatos de extranjeros en los distintos países de América del Sur.

El Estado argentino promovió la sanción de leyes reparatorias por parte de los gobiernos de otros Estados donde había habido víctimas argentinas del Plan Cóndor – entre ellos, Chile, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil. Estos esfuerzos fueron en su mayoría infructuosos, con excepción del Brasil, que incluyó a las víctimas de nacionalidad argentina en su legislación reparatoria.³⁶ En contraste, las víctimas extranjeras de violaciones a los derechos humanos en la Argentina recibieron la misma compensación que la otorgada a las argentinas, puesto que las leyes no hicieron distinciones basadas en la nacionalidad.

Opinión aparte merece la situación de las personas exiliadas. Durante algunos años se ha discutido en la sociedad argentina sobre el derecho de

34. Ley 25.914, sancionada el 30 de agosto de 2004.

35. Las personas que sufrieron la sustitución de su identidad percibirán, por todo concepto, una indemnización equivalente a la fijada por la ley 24.411, es decir, 224 mil pesos. Para el resto de los casos contemplados en la ley, el beneficio consiste en el pago por única vez de una suma equivalente a 71.288 pesos.

36. La ley 9.140, dictada en diciembre de 1995, incluyó en su Anexo 1, en el que se detallan los beneficiarios, los nombres de tres víctimas de nacionalidad argentina.

quienes debieron recurrir al exilio a recibir una compensación económica. Las opiniones en torno a esta cuestión han estado divididas y en virtud de ello los exiliados no fueron incluidos en las leyes reparatorias.

Sin embargo, el 14 de octubre de 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que la situación de quienes debieron abandonar el país debido a la persecución de los militares y el peligro que encarnaba para sus vidas, es asimilable a la de quienes fueron privados de su libertad, y por ello, corresponde extender la reparación económica a dichos supuestos. A partir de este hecho, el gobierno nacional promovió la sanción de una ley que contempla específicamente la reparación de personas exiliadas. Hasta el momento dicho proyecto cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados.

Conclusiones

Este panorama da cuenta del estado de cumplimiento por parte del Estado argentino de sus obligaciones internacionales por los crímenes del pasado. Si bien desde la perspectiva de las víctimas y sus familiares, es mucho lo que falta recorrer para lograr una garantía plena de sus derechos, es justo reconocer que se ha avanzado mucho en el tratamiento del pasado.

Los avances producidos en los últimos años se han dado en sintonía con los procesos que se desarrollan en otros países de la región sur de América. Chile atraviesa procesos similares a los de la Argentina, con características propias de su dinámica política y social. Aunque rezagado, el Uruguay está empezando a repensar algunas cuestiones relacionadas con los derechos de las víctimas y tomar medidas en ese sentido. Con tiempos distintos, y con la ventaja de la experiencia internacional a su favor, Perú ha logrado una investigación completa de lo ocurrido en los últimos años y lleva a cabo investigaciones para responsabilizar a los culpables.

Estos procesos son política, social y culturalmente muy valiosos. Mucho se discutió sobre la transición a la democracia en las décadas de 1980 y 1990. En aquel momento se priorizaban los análisis de la situación política y llegó a considerarse que los derechos de las víctimas constituían la variable de ajuste para la difícil obtención de la paz o la estabilidad de la democracia. Debieron transcurrir muchos años para que esta ecuación pudiera alterarse. Hoy resulta cada vez más difícil para los gobiernos adoptar decisiones que vulneren esos derechos.

El argumento de que la impunidad fortalece la democracia ha probado ser erróneo. La historia reciente demuestra que la democracia crecerá fuerte mientras sea capaz de asegurar que aquellos que se aparten de ella o socaven sus valores pagarán un costo elevado. Esta es la lección que las instituciones argentinas están aprendiendo.

JOSÉ RICARDO CUNHA

Doctor en Derecho y profesor de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, Brasil. Coordina desde 2003 el grupo de investigación “Direitos Humanos no Tribunal de Justiça” que estudia los límites y las posibilidades de la justiciabilidad de los derechos humanos, en especial de los derechos económicos, sociales y culturales. E-mail: <jr-cunha@uol.com.br>

RESUMEN

La propuesta del artículo es analizar la información obtenida en el ámbito de la investigación “Derechos humanos en la comarca de la ciudad de Rio de Janeiro: concepción, aplicación y formación”, que tiene por objetivo investigar el grado de justiciabilidad de los derechos humanos en la prestación jurisdiccional de los jueces de primera instancia de la *comarca** de la capital del Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro. El estudio concluye que el tipo de *vara*** el color de piel o la raza del juez y el grado de conocimiento de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de la OEA y de la ONU constituyen variables significativas para explicar el comportamiento de los jueces en lo que atañe a la utilización de las normativas internacionales para fundamentar las sentencias. La elucidación empírica de las variables antes mencionadas se revela de gran valor para la implementación de programas destinados a ampliar el conocimiento de los jueces sobre el tema. La investigación se realizó con el apoyo de la Faperj. [Artículo original en portugués.]

PALABRAS CLAVES

Derechos humanos – Justiciabilidad – Poder Judicial – Brasil

* La *comarca* es una división territorial de la jurisdicción de la justicia de los estados. Puede englobar una o más municipalidades y recibe el nombre de la ciudad en la cual tiene la sede, como es el caso de la comarca de la ciudad de Rio de Janeiro.

** La *vara* [fuero] es una subdivisión de la *comarca*, especializada o no. Cuando la *comarca* tiene más de una vara, cada una de esas *varas* puede tener jurisdicción sobre una o más áreas particulares: derecho civil, de la familia, criminal, etc. Cada *vara* está a cargo de un juez titular, y puede contar con uno o más jueces comenzando la carrera.

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIABILIDAD: UNA INVESTIGACIÓN EN RIO DE JANEIRO¹

José Ricardo Cunha

*Andréa Diniz (IBGE); Alexandre Garrido da Silva e
Isolda Abreu de Carvalho Mattos Sant'Anna (UERJ);
Diana Felgueiras das Neves, Rodrigo da Fonseca Chauvet
y Tamara Moreira Vaz de Melo (UERJ);
Lia Motta Gould y Priscila de Santana (PUC-Rio)*

Los derechos humanos constituyen el principal instrumento de defensa, garantía y promoción de las libertades públicas y de las condiciones materiales esenciales para una vida digna. Se exige siempre que los poderes Ejecutivo y Legislativo actúen en consonancia con estos derechos; no obstante, es el Poder Judicial el último guardián de tales derechos y allí reside la esperanza de que sean efectivamente protegidos. Por esta razón, es imperioso luchar por la efectividad de su tutela jurisdiccional.

La búsqueda de la efectividad de los derechos humanos en la esfera judicial hace necesario indagar la manera por la cual los jueces conciben y aplican las normas de derechos humanos, especialmente las que protegen los derechos económico-sociales. La investigación “Derechos humanos en el Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro: concepción, aplicación y formación” tiene, por lo tanto, el objetivo de estudiar el grado de efectividad – **justiciabilidad** – de los derechos humanos en la prestación de la tutela jurisdiccional.

En la primera etapa, cuyo análisis es objeto del presente trabajo, se investigó la primera instancia de la *comarca* del Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro.²

La investigación fue organizada en dos vertientes: una teórica y otra práctica.

1. Investigación en curso realizada por alumnos y profesores de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro (UERJ), de la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro, de la Fundación Getúlio Vargas de Rio de Janeiro y de la Universidad Cândido Mendes (Ucam).

2. La investigación de campo continúa con jueces de la segunda instancia del TJRJ.

En la vertiente teórica se realizó un estudio sistemático de los fundamentos jurídicos, filosóficos y políticos de los derechos humanos, a partir de las obras de Carlos Santiago Nino, Antonio Enrique Pérez Luño, Chaïm Perelman y Robert Alexy.

En la vertiente empírica se efectuó un relevamiento en 225 de las 244 *varas* en funcionamiento de primera instancia de la *comarca* de Rio de Janeiro. Se aplicó un cuestionario a los jueces a fin de indagar el modo cómo cada magistrado responsable de la prestación jurisdiccional en la *vara* concibe y aplica los derechos humanos. El cuestionario también procuró relevar el nivel de formación de los jueces en el área de derechos humanos.

Para el análisis principal, los datos recogidos fueron estadísticamente tratados por medio de modelos de regresión logísticos multinomiales, y se buscó, en especial, explicar el empleo de las normativas internacionales de protección a los derechos humanos en el fundamento de las sentencias dictadas por los jueces a través de las demás variables intervinientes. Fundamentalmente, el procedimiento utilizado consistió en aplicar tests de hipótesis acerca de la contribución de cada variable para el poder de explicación del modelo, a un nivel del 5% de significancia. Fueron excluidas del modelo las variables cuya contribución no fue considerada significativa, en el nivel fijado, para explicar el empleo de las normativas para fundamentar las sentencias.

Puesto que el objeto primordial de la investigación era la tutela jurisdiccional llevada a cabo por la acción del juez, fue necesario recoger los datos directamente en la fuente primaria, o sea, mediante entrevistas directas a los jueces.³ Se optó por la *comarca* de la capital de Rio de Janeiro, tanto por su representatividad en relación con las demás del estado como por el mayor flujo y la mayor diversidad de procesos.

La unidad de investigación considerada fue la *vara*, ya que es por medio de esta que el juez actúa y el usuario tiene la posibilidad de acceso a la Justicia. Por lo tanto, el cuestionario corresponde a la *vara* y no al juez, no obstante sea este el interlocutor. En las *varas* con más de un juez, titular y sustituto(s), se empleó un solo cuestionario. En los casos en que un juez acumulaba más de una *vara*, sus respuestas fueron repetidas e incluidas en cada una de las *varas*.

El registro de las unidades de investigación se realizó a partir del listado de *varas* extraído en noviembre de 2003 de la página del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro en Internet: <www.tj.rj.gov.br>. Constaban entonces 255 *varas*, incluidos el foro central y los regionales. En el momento de llevar a

3. La entrevista fue realizada, siempre que se pudo, con el juez titular de la *vara*, en caso de que este no pudiera, con el juez sustituto. En los casos en que ambos no pudieran o rehusaran contestar, se consideró como "no respondido".

cabo el trabajo de campo con las entrevistas, se actualizó el registro y se constató que algunas de las *varas* no habían sido instaladas, o bien habían sido fundidas con otras ya existentes. Por lo tanto, el registro final contiene 244 *varas*.

Para la recolección de los datos, realizada entre enero y mayo de 2004, se visitaron 225 de las 244 *varas* registradas;⁴ y en cerca del 40% de las *varas* el cuestionario no fue respondido. Los principales motivos de la pérdida de las unidades informantes fueron: (1) recusación no justificada del juez; (2) recusación del juez bajo la alegación de que los derechos humanos no forman parte de su trabajo; (3) no recibimiento del entrevistador por parte del juez.

Para una mejor comprensión de los indicios que señalasen la salvaguardia jurisdiccional de los derechos humanos, se elaboraron preguntas que tomasen en cuenta tanto los elementos subjetivos como los objetivos que configuran las condiciones reales de decidibilidad acerca del tema. En efecto, el diseño final del cuestionario contempló cuestiones relacionadas con: características del juez; formación preuniversitaria y universitaria; concepción de derechos humanos; y actuación en la prestación de tutela jurisdiccional. El instrumento de recolección de datos fue diseñado de modo tal que pudiese ser utilizado por los investigadores en las entrevistas directas con el juez responsable de cada una de las *varas*, pero que también pudiera ser completado por el propio juez cuando este se negase a recibir al entrevistador.

Análisis de los datos

A seguir presentamos una sistematización de las informaciones recogidas en los cuestionarios, acompañada de un análisis de las respuestas obtenidas.

Perfil de los jueces

El Poder Judicial, como institución social, aún refleja la predominancia masculina en las relaciones de poder. La mayoría de los jueces, esto es, 60% del total, son hombres. Sin embargo, las instituciones se han ido feminizando a lo largo de los años gracias a los cambios en la sociedad y ya se puede advertir una significativa aproximación entre los dos porcentajes. Este fenómeno es más evidente en la primera instancia, donde los jueces iniciantes emprenden el ejercicio de su función. Se cree que cuanto más elevada es la instancia de juicio, menor es el porcentaje de mujeres juezas actuantes, pues allí ejercen jueces con más antigüedad.

4. A causa de limitaciones inesperadas, no se pudo hacer el trabajo en los foros regionales de Campo Grande (11 *varas*) y Santa Cruz (8 *varas*).

La Tabla 1 muestra la distribución de los jueces que participaron de la investigación por tiempo de desempeño en el cargo según grupos de edad. En ella se puede notar que son pocas las posibilidades de que alguien se convierta en juez titular antes de los 30 años. Del total de jueces titulares, hay solo 2 (2%) en esa franja de edad. Entre los 77 jueces que se incluyen en el grupo de 31 a 50 años, que representan casi el 75% de los entrevistados, 44 tienen de 11 a 20 años de función. Y es este grupo de edad el que constituye la mayoría relevante en la primera instancia del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro. Ningún juez de esa franja de edad tiene más de 20 años de carrera, lo que nos lleva a creer que los jueces con más de 20 años de función suelen ser promovidos y están, por lo tanto, en los órganos de segunda instancia. Los jueces con más de 50 años de edad, en su mayoría, cuentan con un tiempo de 11 a 20 años de desempeño en el cargo. Entre estos, solo 2 poseen menos de 5 años de carrera. Es raro que alguien inicie el oficio de juez en esa franja etaria; y es raro también que un juez titular siga ejerciendo el cargo de juez de primera instancia después de los 50 años de edad.

Los porcentajes más impresionantes – pero no sorprendentes – se refieren a la raza o el color de los jueces, conforme muestra el Gráfico 1. Los autodeclarados blancos forman el 86% del total. Esto confirma la existencia de una intensa exclusión de la población negra y parda de la carrera de la magistratura, visto que, según el Censo de 2000, los negros y pardos representan el 44,6% de la población brasileña.⁵

Formación específica en derechos humanos

Puesto que la inclusión del tema “derechos humanos” en la formación de los jueces, sobre todo en la carrera de grado, es un factor capaz de influir en la aplicación, por parte de los jueces, de las normas que aseguran tales derechos, hubo preguntas relativas a la existencia de tal disciplina en las facultades.

Las disciplinas relacionadas con la temática de los derechos humanos no cuentan, por lo general, con gran prestigio en las carreras de grado de las universidades. Al ser preguntados acerca de la existencia de alguna materia de derechos humanos en la licenciatura, el 84% de los jueces respondió negativamente. Entre las respuestas afirmativas, solo un 4% tuvo la disciplina como obligatoria.

A pesar de la casi inexistencia de oferta de la disciplina en las facultades, teniendo en vista la relevancia del tema, se pidió a los jueces que manifestasen

5. El IBGE adopta la categoría “preto”, en vez de negro. Para su aplicación en la investigación se reemplazó el término, y se mantuvieron integralmente las demás categorías adoptadas por el órgano oficial.

cuál era su interés por los estudios relativos a los derechos humanos. Sus respuestas se reproducen en el Gráfico 2. El análisis del gráfico permite elaborar el siguiente razonamiento: 42 jueces (40%) **nunca** estudiaron derechos humanos.

TABLA 1

Distribución de los jueces participantes de la encuesta por tiempo de desempeño en el cargo, según clases de edad				
Clases de edad	Tiempo de desempeño en el cargo (en años)			
	Menos de 5	De 5 a 10	De 11 a 20	Más de 20
Total	9	33	64	3
Hasta 30	2	0	0	0
31 a 50	5	28	44	0
Más de 50	2	4	19	3
NR	0	1	1	0

GRÁFICO 1

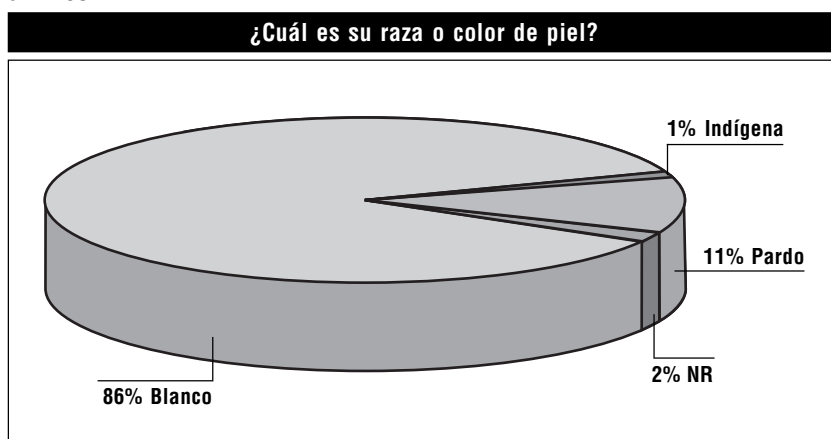
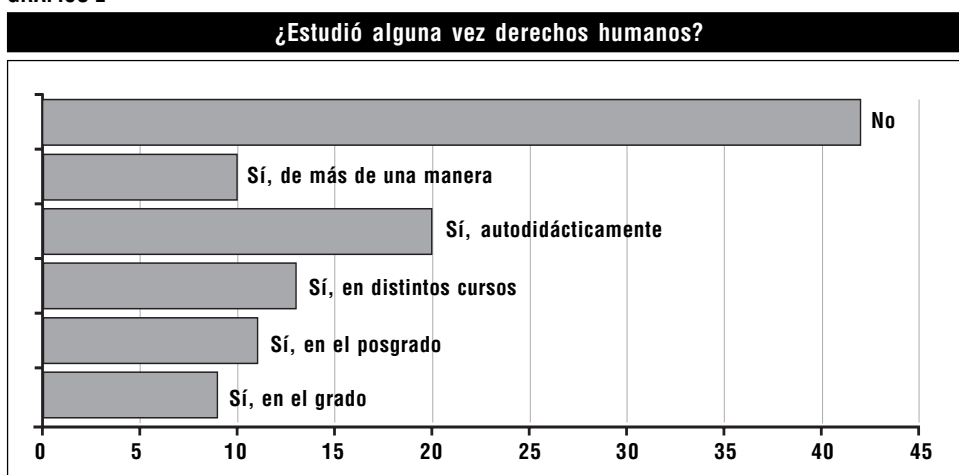


GRÁFICO 2



Esta información revela que cuatro de cada diez no tuvieron un espacio formal donde profundizar en modo sistemático las cuestiones básicas relativas a los derechos humanos.

Hay que destacar que, a pesar del relativo distanciamiento de la temática aquí abordada por buena parte de los jueces, los mismos mostraron interés en participar de cursos relacionados con los derechos humanos: cerca del 73% estaría dispuesto a estudiar el tema, como se observa en el Gráfico 3.

Al ser indagados sobre algún tipo de vivencia personal que pudiera proporcionar una experiencia práctica en relación con los derechos humanos, el resultado mostró un abismo aún mayor entre los jueces y el tema. Sólo el 6% de los entrevistados reveló haber tenido algún tipo de participación en el área.

El análisis de los datos aquí expuestos permite comprender, al menos preliminarmente, el escaso empleo de las normativas de derechos humanos de los sistemas de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en las sentencias de los jueces. De esta forma, queda vulnerada la aplicación de normas referentes a un tema tan lejano a su realidad.

Concepción de los derechos humanos

En el plano de las teorías jurídica y política, hay un consenso considerable respecto de que el tema de los derechos humanos es fundamental para un correcto entendimiento del Estado democrático de Derecho. En esta perspectiva, Jürgen Habermas (2003), al proponer la “equiprimordialidad”, es decir, el nexo interno entre derechos humanos y democracia (soberanía popular), afirma que no se puede pensar un Estado verdaderamente democrático sin una efectiva implementación de los derechos humanos. Esto quiere decir que los ciudadanos solo podrán hacer uso efectivo de su autonomía pública si son suficientemente independientes porque tienen los derechos humanos uniformemente asegurados. En este sentido, el Brasil solo podrá concretar su proyecto de democratización prescripto por la Constitución cuando los derechos humanos se apliquen concretamente en la vida cotidiana de los individuos con plena fuerza normativa. Para ello, se espera del Estado una acción efectiva de promoción de los derechos, ya sea al frente de la acción política, por intermedio de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya sea en la retaguardia, por medio de la acción garantista del Poder Judicial. Sin embargo, es necesario, en primer lugar, saber cómo los jueces – guardianes últimos de la justicia – comprenden los derechos humanos.

En la Tabla 2 se puede observar que, al ser indagados sobre la naturaleza de los derechos humanos, el 7,6% de los jueces afirmó que son “valores sin

aplicabilidad efectiva”; para otro 34,3%, los derechos humanos constituirían “principios aplicados ante la falta de reglas específicas”; y para el 54,3%, configurarían “reglas plenamente aplicables”. Es importante resaltar que cerca del 7% de los jueces concibe los derechos humanos solo como valores sin ninguna fuerza jurídica, incluso después de todos los esfuerzos jurídicos y políticos de afirmación de tales derechos. Esta visión es relativamente semejante a la del 34,3% de los jueces, quienes consideran que tales principios poseen un carácter subsidiario y pueden ser aplicados eventualmente ante la ausencia de normas específicas. Para ellos, cualquier ponderación que siga normas más

GRÁFICO 3

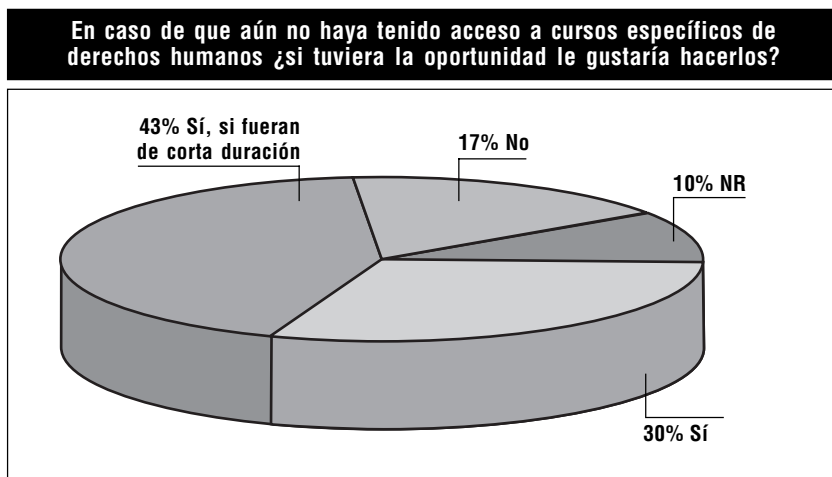


TABLA 2

En su opinión los derechos humanos son				
Opinião	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia acumulada	Porcentaje acumulado
Total	105	100		
Valores que instruyen el ordenamiento jurídico, pero no tienen aplicabilidad efectiva	8	7,6	8	7,62
Principios que se pueden aplicar subsidiariamente ante la falta de reglas específicas	36	34,3	44	41,90
Normas jurídicas plenamente aplicables cuando el caso concreto así lo demanda	57	54,3	101	96,19
Combinación de más de uno de los conceptos anteriores.	3	2,9	104	99,05
NR	1	1,0	105	100,00

específicas, inclusive con un contenido antagónico, llevaría a la no aplicación de las normas de derechos humanos. Sin embargo, fue mayoritaria la posición de los que muestran una concepción fuerte de derechos humanos, pues más del 50% de los jueces conciben los derechos humanos como reglas plenamente aplicables.

Indivisibilidad de los derechos humanos

La ejecución de las sentencias que aseguren la aplicación efectiva de las distintas generaciones de los derechos humanos – así como la defensa de esos derechos en un Estado democrático con limitaciones de recursos financieros – implica importantes cuestiones que deben ser objeto de reflexión y ponderación por parte de quienes aplican el derecho.

Históricamente, los derechos humanos surgen como derechos civiles opuestos a la acción invasiva del Estado, en la esfera de las libertades individuales y del patrimonio privado, y exigen, por lo tanto, la abstención estatal. Sin embargo, como los derechos nunca llegan a ser exhaustivos, pues surgen y evolucionan dentro de determinado contexto social, se desarrollaron nuevas generaciones de derechos que pasaron a integrar el conjunto de los derechos humanos. Según Norberto Bobbio (2004, p. 53), los derechos consagrados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 representan “una síntesis del pasado y una inspiración para el porvenir: pero sus tablas no han sido esculpidas de una vez para siempre”, pues tales derechos son históricos y constituyen un conjunto permanentemente abierto a nuevas articulaciones, especificaciones y actualizaciones.

Así, se pasó del “Estado liberal de derecho” al “Estado de bienestar social”, con la respectiva tutela de otros derechos como la salud, la educación, la vivienda, la defensa del medio ambiente, entre otros. Esta situación llevó a demandar del Estado una actuación positiva-reguladora y, a veces, interventora en la realidad social y económica. Surgen algunas controversias sobre la efectividad de los derechos sociales y económicos, pues muchos defienden que su promoción depende exclusivamente de la acción política de los Poderes Ejecutivo y Legislativo; por lo tanto, no le correspondería al Poder Judicial tutelar tales derechos cuando ello acarree obligaciones al Poder Legislativo, que es autónomo en sus juicios de oportunidad y de conveniencia. El problema que se plantea es: ¿hay argumentos jurídicos aceptables para la no garantía judicial de esos derechos? Esto es, ¿el Poder Judicial, como poder del Estado, se puede abstener de asegurar derechos capaces de dotar a los ciudadanos de las condiciones mínimas de existencia, especialmente en el contexto de una sociedad profundamente desigual como la brasileña?

En última instancia, se trata de la relevante cuestión de la indivisibilidad

de los derechos humanos. A pesar de las diferentes clasificaciones que reciben, sean estos derechos civiles o políticos (a la vida, a la libertad, a la igualdad o a la igual participación política) o derechos económicos y sociales (a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la salud), los derechos humanos son complementarios e interdependientes. En este sentido, podemos citar la resolución de la Asamblea General de la ONU n. 32, de 1977, que asevera la indivisibilidad de los derechos humanos y su carácter inalienable, además de ratificar la obligatoriedad de los derechos económicos y sociales (véase Mello, 2001, t. I, p. 816).

La Declaración de Viena sobre Derechos Humanos, de 1993, reitera la concepción indivisible de los derechos humanos al afirmar, en el párrafo 5º, la universalidad, la interdependencia y la interrelación entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. La garantía integral de la dignidad de la persona humana presupone la efectividad de todos esos derechos. Por consiguiente, el ejercicio de la ciudadanía se vería perjudicado si, aun cuando se garantizara el derecho al voto, no existiera la misma garantía en relación con una educación y una salud públicas de calidad.

Sobre la base de estas consideraciones, cabe observar la posición de los 105 jueces que respondieron a la siguiente pregunta: “¿Cree que los derechos humanos económicos y sociales se pueden exigir judicialmente de la misma forma que los derechos humanos civiles y políticos?”. Para un pequeño número de estos jueces, la aplicación judicial de los derechos económicos y sociales no se puede dar de la misma forma que la de los derechos civiles y políticos. También una minoría de estos cree que el Poder Judicial no debe interferir en el sentido de promover la realización de los derechos de segunda generación, con el argumento de que no le corresponde al Poder Judicial la implementación de políticas públicas. Otros, incluso, creen que la tutela de esos derechos es de competencia de los demás poderes de la república o que tal aplicación daría como resultado el fenómeno del juez-legislador. Sin embargo, la amplia mayoría de los jueces (79%) defiende la aplicación complementaria de los derechos económicos y sociales y de los derechos civiles y políticos. Además, consideran que incluso aquellos derechos que imponen una actuación estatal deben ser judicialmente tutelados. Por lo tanto, gran parte de los jueces entrevistados, aproximadamente el 80%, otorga a los derechos humanos, por lo menos teóricamente, la condición de normas plenamente aplicables y considera que deben ser garantizadas por medio de decisiones judiciales, incluidas aquellas que puedan interferir en el presupuesto estatal.

Aplicación de las normas de derechos humanos

En la investigación realizada, una de las cuestiones más significativas fue la referida a la justiciabilidad de los derechos humanos revelada en la actuación

del juez en procesos cuyo desenlace dependiera de normas de tal naturaleza (véase el Gráfico 4).

Se buscó indagar el reconocimiento, por parte de los entrevistados, de la presencia de normas de derechos humanos en los casos bajo su examen, ya que estas se ponen de manifiesto de múltiples formas en el ordenamiento jurídico brasileño, pues configuran verdaderos desdoblamientos normativos de la tutela jurídica de la dignidad.

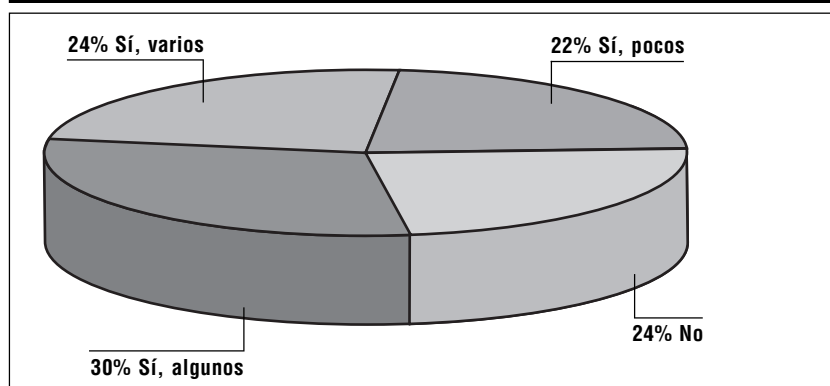
Interrogados sobre la actuación en procesos en los cuales incidieran normas de derechos humanos, el 24% de los jueces respondió en forma negativa. Otro 24% reveló haber actuado en varias acciones con aplicabilidad de normas de esa naturaleza; un 30% informó haber actuado en algunos procesos en los que las normas de derechos humanos eran aplicables, mientras que un 22% afirmó haber actuado en pocos casos en los que las normas de derechos humanos eran aplicables.

Se observa, entonces, que el 52% de los jueces entrevistados actuó esporádicamente en el juzgamiento de demandas en las que eran aplicables normas de derechos humanos. De esta forma, el 76% de los jueces solo ocasionalmente actuó en tales acciones, o bien nunca ejerció su oficio en ellas. Por otro lado, paradójicamente, la mayoría de los jueces entrevistados declaró que los derechos humanos son normas plenamente aplicables en el ordenamiento jurídico brasileño, pero que, sin embargo, no se aplican efectivamente por no ser inmanentes a los casos judiciales que les fueron sometidos.

Cabe destacar, no obstante, que no se puede considerar verdadera tal inferencia. De hecho, gran parte de las controversias sometidas a la apreciación del Poder Judicial versa sobre conflictos cuya esencia se sitúa exactamente en el ámbito de los derechos humanos y, muchas veces, involucra precisamente

GRÁFICO 4

¿Actuó alguna vez en algún juicio en el que las normas de derechos humanos fueran aplicables?



los derechos fundamentales. De este modo, se vislumbra la hipótesis del desconocimiento de los derechos humanos: en razón de su poca intimidad con el concepto general y con las normas de derechos humanos, los entrevistados tendrían velada su percepción y ello dificultaría el reconocimiento de los casos relacionados con la materia en cuestión.

No se puede olvidar, por otro lado, que en cualquier caso concreto sometido al Poder Judicial el juzgador deberá considerar todo el ordenamiento jurídico y, de ese modo, promover una interpretación sistemática. Esto es así porque las normas jurídicas no son los textos ni el conjunto de ellos, sino los sentidos construidos a partir de la interpretación sistemática de textos normativos. De tal suerte, en cualquier demanda sometida al juez, este debe tener en cuenta la dignidad de la persona humana, verdadero valor fundamental del Estado democrático brasileño consignado en el inciso III del Artículo 1° de la Carta Constitucional de 1988.

Así, parece razonable que cuando esté en cuestión una situación subjetiva existencial, la norma jurídica se construya en función de los derechos humanos, sean estos oriundos de la Constitución o de normas internacionales, aunque puedan contemplarse en tales casos diferentes niveles de intensidad de esa vinculación (véase Sarlet, 2002, p. 85). La falta de reconocimiento de tal aplicabilidad puede estar, por lo tanto, relacionada con un conocimiento precario del tema, o incluso con su desconocimiento.

Acciones afirmativas

Uno de los principios más caros consagrados en la Constitución Nacional de 1988 es el de la isonomía, grabado en el *caput** del Artículo 5°, según el cual todos deben ser sometidos a las mismas reglas jurídicas. Sin embargo, hay que tener presente que el principio de la isonomía fue, históricamente, una conquista de las revoluciones francesa y norteamericana de fines del siglo XVIII que perseguía abolir los privilegios de la nobleza y del clero.

Si bien en aquel momento fue importante la formalización de ese principio de igualdad, con el correr del tiempo se observó que la mera consagración del derecho en la ley no garantiza que los individuos tengan las mismas oportunidades de acceso efectivo a las prerrogativas existentes en la sociedad. Como ejemplo se puede citar la dicotomía entre las instituciones públicas gratuitas y las privadas en lo que atañe a la enseñanza elemental y media brasileña. Mientras que las primeras ofrecen una enseñanza precaria a los estudiantes que poseen pocos recursos financieros, las instituciones privadas, en su mayoría, brindan una educación de excelencia a los estudiantes más

*El *caput* se refiere a la primera y principal cláusula del artículo, en la Constitución brasileña. [NT]

puedientes. Paradójicamente, la situación se invierte en el ingreso a la universidad: la gran mayoría de los estudiantes que logra ingresar en instituciones públicas gratuitas de enseñanza superior, consideradas de excelencia, provienen de instituciones privadas de enseñanza media.

Por otro lado, las instituciones siempre hicieron la selección para el ingreso en las carreras universitarias basándose tan solo en el conocimiento del candidato sobre los contenidos de la evaluación. No se tenían en cuenta las desigualdades históricas y tampoco las diferenciadas posibilidades de acceso a la enseñanza por parte de los estudiantes. Se estableció entonces en algunas universidades brasileñas una controvertida política de reserva de cupos, en la que se tuvieron en cuenta, inicialmente, criterios socioeconómicos y, más tarde, parámetros étnicos, siempre observado el orden de calificaciones de los candidatos en su categoría, obtenida a partir del puntaje del examen.

La situación descrita es solo una de las abarcadas por la política de acción afirmativa, que denota una búsqueda de superación del modelo liberal mediante la actuación social de la institución pública. Así, la igualdad pasa a concebirse en su doble dimensión: formal y material. Del tratamiento formal conferido al principio de isonomía – expresado en la máxima “todos son iguales ante la ley” – se pasa a la tentativa de materializar las garantías. En este contexto, “el Estado abandona su tradicional posición de neutralidad y de mero espectador de los embates que se traban en el campo de la convivencia entre los hombres y pasa a actuar activamente buscando la concretización de la igualdad positivada en los textos constitucionales” (Gomes, 2001, p. 20).

Se puede decir, entonces, que las políticas públicas de acción afirmativa procuran combatir las desigualdades político-sociales, y consisten en cualquier medio de incentivo que lleve a distribuir derechos que, de otro modo, los grupos discriminados no lograrían obtener. Pero es importante destacar que esto se da en el ámbito del orden constitucional brasileño vigente, que textualmente se inserta en el Estado democrático de Derecho, que concibe al desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos que deben regir una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios.

Con esa perspectiva, adquirió relevancia interrogar a los jueces acerca de la constitucionalidad o no de las acciones afirmativas, ya que estas se presentan como un medio apto para la materialización de los derechos humanos.

Como se observa en la Tabla 3, el 22,9% de los jueces dijo que considera inconstitucionales las políticas de acción afirmativa porque vulneran el principio de isonomía, lo que revela que consideraron tan solo la igualdad en su sentido formal. De los entrevistados, un 10,5% no quiso opinar, mientras que el 66,7% opinó a favor de la constitucionalidad de las acciones afirmativas en razón de la necesidad de superar desigualdades sociales históricas.

Estos datos permiten concluir que si bien la concepción jurídica acerca

de la isonomía es todavía dicotómica, es, sin embargo, preponderante su dimensión material, pues una significativa mayoría de los entrevistados demuestra haber incorporado el principio del Estado democrático de Derecho, presente a lo largo de todo el texto constitucional y expresamente consignado en el Artículo 1° de la Carta Constitucional.

Cabe resaltar, además, que el juicio a favor de la constitucionalidad no implica necesariamente la concordancia política con las acciones afirmativas, sino tan solo su admisibilidad en el plano jurídico-constitucional.

Sistemas de protección de la ONU y de la OEA

Con el advenimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (diciembre de 1948) y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (abril de 1948), comenzaron a desarrollarse los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA.

El Sistema de Protección de la ONU está constituido tanto por normas de alcance general, teniendo en vista a todos los individuos de forma genérica y abstracta, como de normas de alcance especial, destinadas a sujetos específicos y a violaciones que necesitan respuestas diferenciadas. El Brasil ratificó la mayoría de estos instrumentos de protección, entre ellos: la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el 27 de marzo de 1968; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el 1 de febrero de 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, el 24 de septiembre de 1990; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 24 de enero de 1992; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el 24 de enero de 1992. Sin embargo, el Brasil no reconoce la competencia de sus órganos de supervisión y monitoreo en el caso de denuncias individuales, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura. En cuanto al Comité contra la

TABLA 3

En principio ¿qué opina sobre las políticas de acción afirmativa?				
Opinión	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia acumulada	Porcentaje acumulado
Total	105	100		
Son inconstitucionales, pues vulneran el principio de isonomía	24	22,9	24	22,86
Son constitucionales, en función de la necesidad de superar desigualdades sociales e históricas	70	66,7	94	89,52
NR	11	10,5	105	100,00

Discriminación Racial, el Brasil reconoció su competencia en 2002 mediante el Decreto Legislativo 56, que adquirió plena efectividad en 2003 por medio del Decreto Presidencial 4.738. Se trató, sin dudas, de un importante avance en la lucha contra la discriminación racial.

Además del Sistema de Protección de la ONU existe, en el plano regional, el Sistema de Protección Interamericano. Ambos tutelan los mismos derechos y cabe a la víctima la elección del instrumento más propicio; además, se complementan al procurar una garantía adicional para una mayor promoción y efectivización de los derechos fundamentales a la dignidad del ser humano. Complementan este marco otros dos sistemas regionales, el europeo y el africano.

Indagados los jueces acerca de su conocimiento sobre el funcionamiento de los Sistemas de Protección de la ONU y de la OEA, se obtuvieron los porcentajes expuestos en el Gráfico 5: el 59% tiene un conocimiento superficial, mientras que el 20% no sabe cómo funcionan los Sistemas de Protección.

Si consideramos los porcentajes más altos, en los que el primero corresponde a un conocimiento superficial y el segundo a un desconocimiento de los sistemas, tenemos que el 79% de los jueces no está informado sobre los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. Tal desconocimiento constituye un obstáculo para la plena efectivización de los derechos humanos en la acción cotidiana del Poder Judicial, pues esa falta de información está íntimamente ligada a la no aplicación de las normativas relativas a los derechos humanos.

Ante la pregunta sobre su conocimiento acerca de las decisiones de las cortes internacionales de protección de los derechos humanos, el 56% de los jueces respondió que eventualmente posee tales informaciones; el 21% respondió que raramente las tiene; el 10% nunca obtuvo información acerca de tales decisiones, y solo el 13% respondió tener a menudo alguna información (véase el Gráfico 6). No hay dudas de que este porcentaje de solo 13% para los jueces que frecuentemente tienen acceso a tales decisiones es muy reducido para la promoción real de una cultura de los derechos humanos.

Cuando se los interrogó sobre la posibilidad de que el conocimiento de esas decisiones auxilie y enriquezca sus sentencias, la respuesta de un 50% de los jueces entrevistados fue que sí; un 41% dijo que tal vez; y un 9% respondió que no (véase el Gráfico 7). Así, aunque pocos conozcan el contenido de estas decisiones, la mayoría opina que sería relevante informarse al respecto. Sería importante la institucionalización de canales de divulgación de las decisiones de las cortes internacionales de derechos humanos en el ámbito de la *comarca* de Rio de Janeiro, incluso como parte de un proceso que busque mayor efectividad y aplicabilidad de tales derechos.

GRÁFICO 5

¿Sabe cómo funcionan los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA?

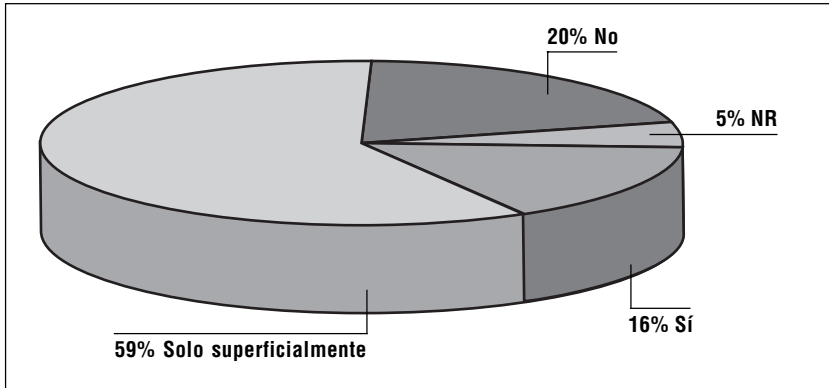


GRÁFICO 6

¿Tiene información acerca de las decisiones de las cortes internacionales de protección de los derechos humanos?

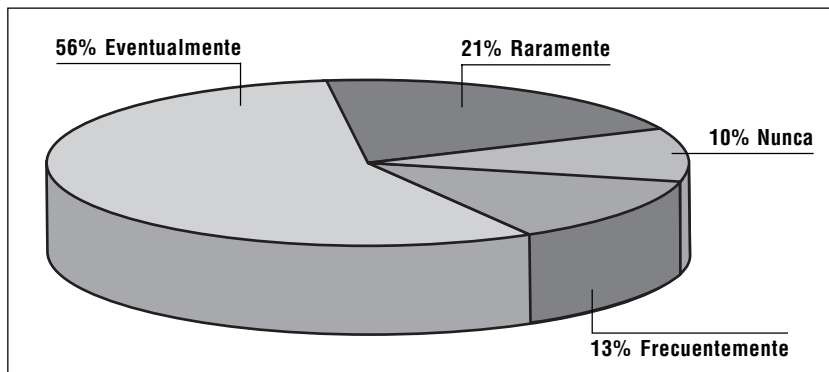
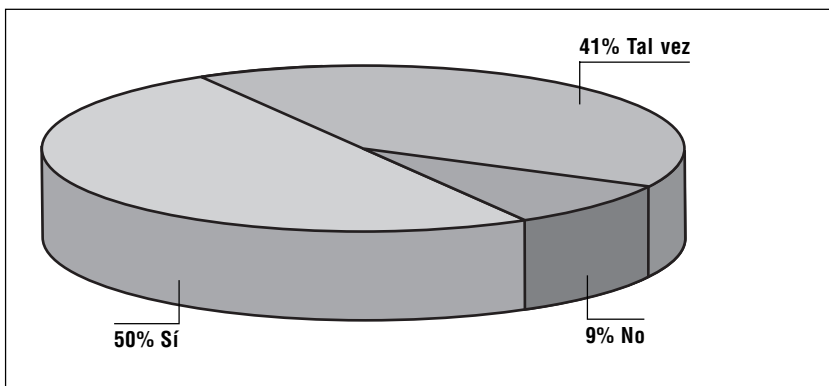


GRÁFICO 7

¿Cree que el conocimiento de tales decisiones podría auxiliar y enriquecer sus sentencias?



*Utilización específica de las normas de derechos humanos***Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, el 16 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos ratificados por el Brasil mediante el Decreto Legislativo n. 226 (12 de diciembre de 1991) y promulgados por el Decreto n. 592 (6 de diciembre de 1992). Se puede afirmar que el PIDCP se aproxima a las primeras declaraciones del Estado liberal, al tiempo que el PIDESC se coaduna directamente con las cartas del Estado de bienestar social. Ambos textos especifican el contenido de la Declaración Universal de 1948; además, la elaboración de dos pactos, y no de uno solo, como bien resalta Fabio Konder Comparato (1999, pp. 276 y ss.), fue producto de la natural divergencia entre los dos bloques de países, capitalista y socialista, en el auge del sistema bipolar característico de la época.

En lo que atañe al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se observó que solo el 5% de los jueces lo aplican con constancia. En el camino opuesto, el 74% nunca lo utilizó y el 19% lo hace raramente (véase el Gráfico 8). Los datos son todavía más preocupantes en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (véase el Gráfico 9). Solo el 3% de los jueces lo utiliza frecuentemente en sus sentencias; el 20% raramente lo hace y el 75% nunca empleó esa normativa en la solución de litigios.

Causa cierta sorpresa la constatación de que solo un 5% de los jueces utiliza el PIDCP, o que cerca del 75% de ellos nunca haya aplicado el PIDESC. Además de todas las cuestiones materiales y morales involucradas, es necesario incluso considerar que la aplicación de las normativas de derechos humanos tiene una función no solo jurídico-formal, sino también **simbólica**. Aplicarlas es demostrar que los agentes públicos y la propia comunidad están atentos al hecho de que la tutela y la promoción de los derechos humanos se desarrollan en dos dimensiones íntimamente relacionadas: la nacional y la internacional.

Convención Americana y Protocolo de San Salvador

El sistema de derechos humanos de la OEA afirmó la responsabilidad internacional del Estado ante las violaciones de derechos de esta naturaleza. Así, el Estado es responsable internacionalmente cuando invade la esfera jurídicamente protegida de un sujeto. Se crearon la Comisión y la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, formadas por personas imparciales e independientes, con el fin de evitar la selectividad del sistema e impedir que el Estado ofendido sea simultáneamente juez y parte en el mismo juicio.

Sobre este tema, el 66% de los jueces afirmó que no utiliza la convención mencionada (véase el Gráfico 10). Esta constatación revela que, a pesar de los significativos avances de la comunidad internacional en el establecimiento de un consenso mínimo sobre los derechos humanos y en la creación de herramientas normativas para asegurarlos en la práctica, muchos jueces aún ignoran este proceso y sus conquistas para el fortalecimiento de la democracia.

El Sistema Interamericano, a su vez, inicialmente relegó a un segundo plano los derechos económicos, sociales y culturales. En función de esto se adoptó el 17 de noviembre de 1988 el Protocolo Adicional a la Convención Americana de

GRÁFICO 8

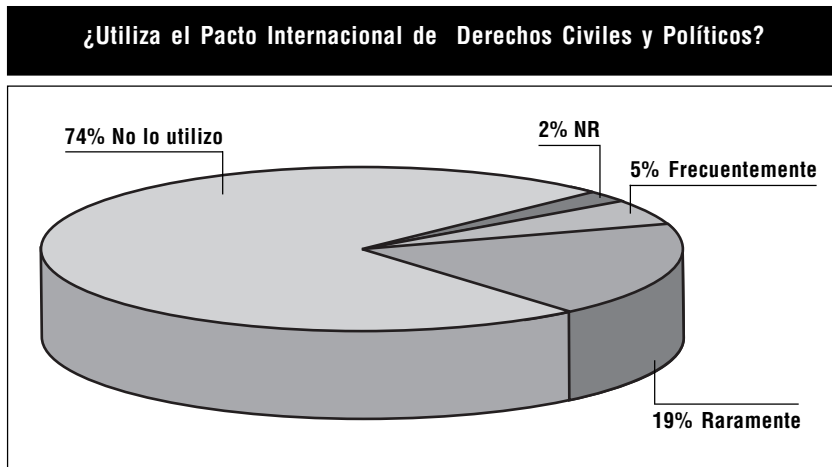
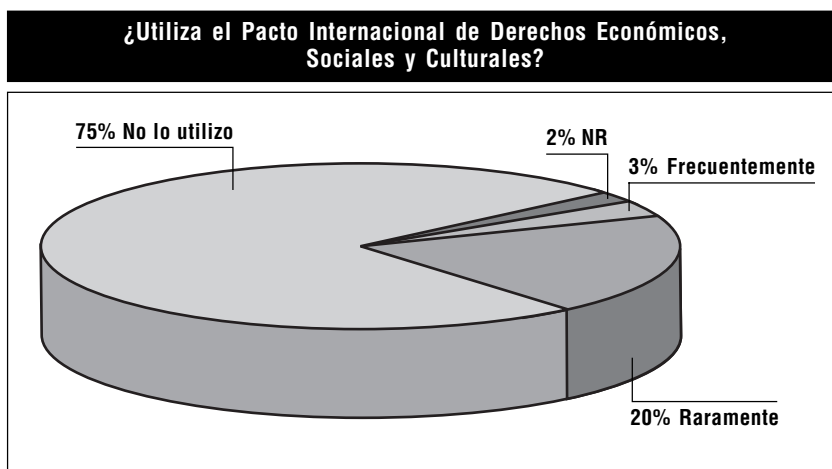


GRÁFICO 9



Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador.⁶

Se puede observar en el Gráfico 11 que a la pregunta referente al Protocolo de San Salvador, el 93% de los jueces afirmó que no lo utiliza o lo hace raramente. Ahora bien, es preocupante cuando se confronta esta información con la realidad brasileña, marcada por profundas desigualdades sociales. No hay duda de la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales como forma legítima de garantizar un mínimo de bienestar social.

Es curioso notar cómo el 79% de los jueces afirmó que considera las normas de derechos económicos, sociales y culturales tan eficaces y aplicables como aquellas que aseguran derechos civiles y políticos; sin embargo, en la práctica no recurre a tales normas para fundamentar sus decisiones.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Impulsada por relevantes factores históricos de la década de 1960 – entre ellos el ingreso de 17 nuevos países africanos en las Naciones Unidas, la realización de la Primera Conferencia Cumbre de los Países No-Alineados en Belgrado (1961) y el resurgimiento de actividades nazifascistas en Europa – la ONU adoptó, el 21 de diciembre de 1965, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada por el Brasil el 27 de marzo de 1968.

La referida convención es parte del denominado Sistema Especial de Protección de los Derechos Humanos. Especial porque, al contrario del sistema general, que apunta a la protección de cualquier persona, abstracta y genéricamente considerada, el Sistema Especial de Protección de los Derechos Humanos está destinado a un determinado sujeto de derecho, considerado en su especificidad y en el ámbito concreto de sus relaciones sociales. Este sistema tendría una función complementaria al sistema general, con vistas a la protección y la promoción de la igualdad de grupos e individuos históricamente discriminados. Está basado en un principio de equidad, según el cual se debe otorgar un tratamiento diferenciado a determinados grupos o individuos, contribuyendo a la superación de desigualdades. Adviértase la ausencia de cualquier normativa internacional en el plano de la OEA para la eliminación de formas de discriminación racial.

En relación con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la investigación registró que el 75% de los jueces afirmó que nunca la utiliza, mientras que el 15% raramente recurre a esa normativa internacional (véase el Gráfico 12). Tal resultado es especialmente

6. Adoptado por el Brasil mediante el Decreto Legislativo n. 56/95 y el Decreto Ejecutivo n. 3.321/99.

GRÁFICO 10

¿Utiliza la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

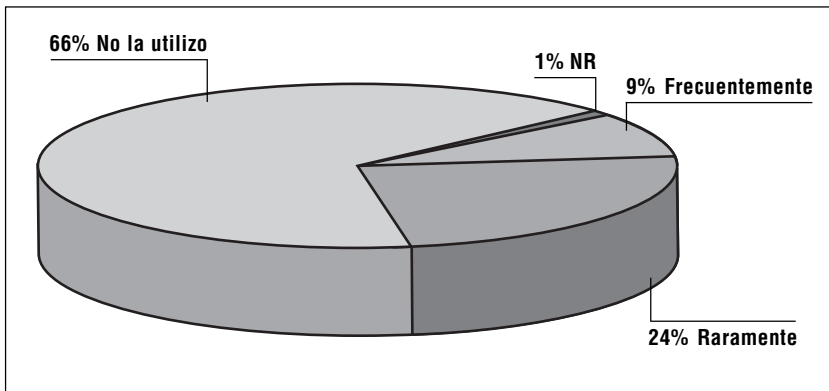


GRÁFICO 11

¿Utiliza el Protocolo de San Salvador?

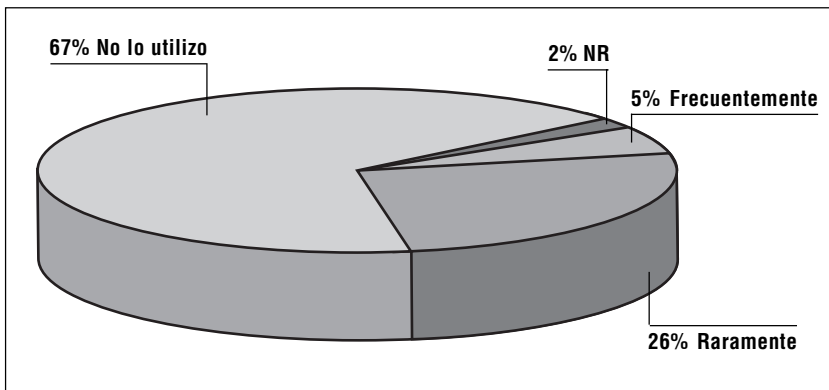
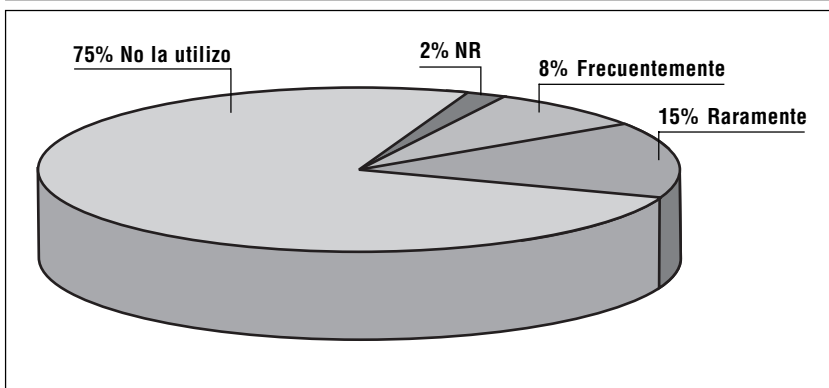


GRÁFICO 12

¿Utiliza la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial?



preocupante en un país donde cotidianamente todavía pueden observarse comportamientos racistas. El primer paso para eliminar el racismo de nuestra realidad social es el reconocimiento de que el problema existe y merece un tratamiento urgente; una cuestión que no puede ser ajena al Poder Judicial. En este sentido, no usar tal Convención es renunciar a un poderoso instrumento de combate al racismo en todas sus manifestaciones. No se trata de ignorar el papel fundamental de la Constitución en este tema, sino de sumar a ella un importante instrumento en la lucha contra el racismo.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Hombres y mujeres son iguales en derechos y en obligaciones. Así lo dispone el inciso I del Artículo 5° de la Constitución Nacional, lo que demuestra la preocupación de los constituyentes originarios en corregir una situación que permanece incrustada en las prácticas cotidianas más comunes. En pleno siglo XXI, es un hecho que las mujeres aún no gozan del mismo tratamiento destinado a los hombres, a pesar de la maduración doctrinaria y legislativa incuestionable de las últimas décadas.

En la presente investigación se observó que solo un 8% de los jueces aplica en el plano concreto la Convención de la ONU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de la OEA (véanse los Gráficos 13 y 14). Al contrario, el 73% nunca recurrió a tales convenciones y el 17% lo hizo solo algunas veces. Este resultado puede interpretarse como óbice para la real efectivación de los derechos fundamentales y, también, como barrera para la consagración práctica de la isonomía entre el hombre y la mujer. Esta solo puede alcanzarse por medio de la conjugación de dos movimientos paralelos: uno cultural, más complejo y de largo plazo; y otro jurídico, de resultados más inmediatos, concerniente a la valorización y a la aplicación de la legislación existente.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

La Declaración Universal de 1948 es ciertamente el texto más importante en cuanto a la eliminación de la práctica de la tortura. A partir de ahí, el repudio a tal práctica fue reafirmado por una serie de pactos y convenciones de alcance general: la Convención Europea de Derechos Humanos (4 de noviembre de 1950); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966); la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José

de Costa Rica – (22 de noviembre de 1969); la Convención de la ONU contra la Tortura (1984); y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). Así, la tortura quedó reconocida como delito previsto en el derecho internacional positivo, por lo que se impone a los Estados la obligación de reprimirla y la de prever penas a los violadores de la norma.

En sus Artículos 1.III, 4.II, 5.I y 5.II, la Constitución brasileña de 1988 demuestra su inserción en la tendencia de las demás Constituciones de América Latina, en el sentido de conceder tratamiento especial o diferenciado a los derechos y garantías internacionalmente consagrados. Sin embargo, al ser interrogados sobre la aplicación de tales convenciones, solo el 10% de los jueces afirmó que utiliza frecuentemente la Convención Interamericana contra la Tortura y el 11%, la Convención del Sistema de Protección de la ONU. Un porcentaje un poco mayor declaró que raramente usa estas convenciones, respectivamente el 16 % y el 14%, mientras que el 1% y el 2% no dieron respuesta. Ahora bien, el porcentaje de no

GRÁFICO 13

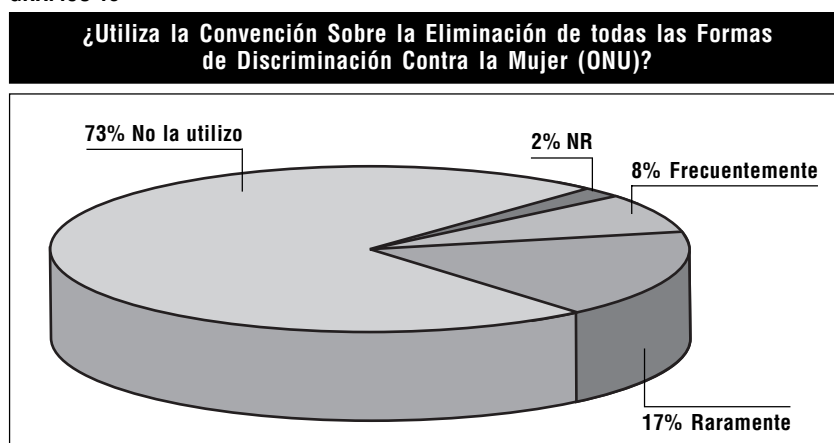
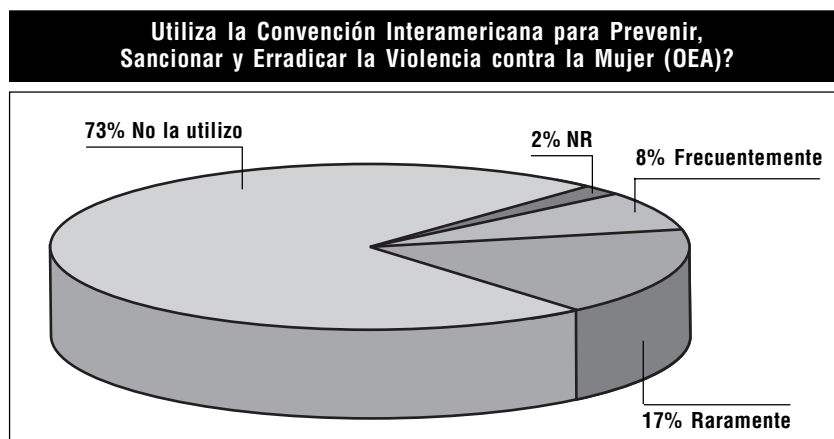


GRÁFICO 14



utilización de estas convenciones en las sentencias dictadas por los jueces es altísimo, 73 % (véanse los Gráficos 15 y 16).

A pesar de que tales normas crean derechos para los ciudadanos brasileños y obligaciones para el Brasil ante la comunidad internacional, de poco valen si los operadores del derecho se mantienen silentes.

Convención sobre los Derechos del Niño

Tras la Declaración de los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1959 y del Año Internacional del Niño en 1979, surgió la doctrina de la protección integral de la infancia expresada por medio de la Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989). Ya preconizaba la Declaración, en 1959, que “la humanidad debe dar al niño lo mejor de sus esfuerzos”, fijando así el compromiso moral que se debía asumir con las generaciones futuras. Sin embargo, la realidad histórica se mostró especialmente cruel con la población infanto-juvenil. Así, por ejemplo, todos los años, millares de niños se ven obligados a abandonar la escuela para ayudar a sustentar a su familia.

El trabajo de campo reveló, conforme lo expresa el Gráfico 17, que solo el 30% de los jueces de las *varas* estudiadas aplican dicha Convención, número obtenido por la sumatoria del 12% que la utiliza constantemente y el 18% que lo hace raramente. Por otro lado, el 68% jamás protegió la situación de los niños brasileños basándose en la normativa. El Brasil cuenta con la ley 8.069/90 que establece el Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA), una avanzada y sofisticada legislación de protección a la infancia y a la juventud. Aun así, no hay motivos para que no se aplique la Convención, especialmente si se considera la importancia simbólica de la utilización de los sistemas Interamericano y de la ONU de protección de los derechos humanos.

El contexto social e histórico antes delineado pone de relieve la importancia y la necesidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ratificada por el Brasil el 24 de septiembre de 1990. Vale registrar que, hasta el presente, los únicos países que no ratificaron la Convención fueron los Estados Unidos y Somalia.

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

La constitución de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social, como prescribe el preámbulo de la Constitución brasileña de 1988, exige de todas las personas un esfuerzo radical de reconocimiento y respeto a las diferencias. En el caso específico de las personas con discapacidad, la demanda de respeto no es solo de orden moral, en el sentido de sustituir sentimientos de

GRÁFICO 15

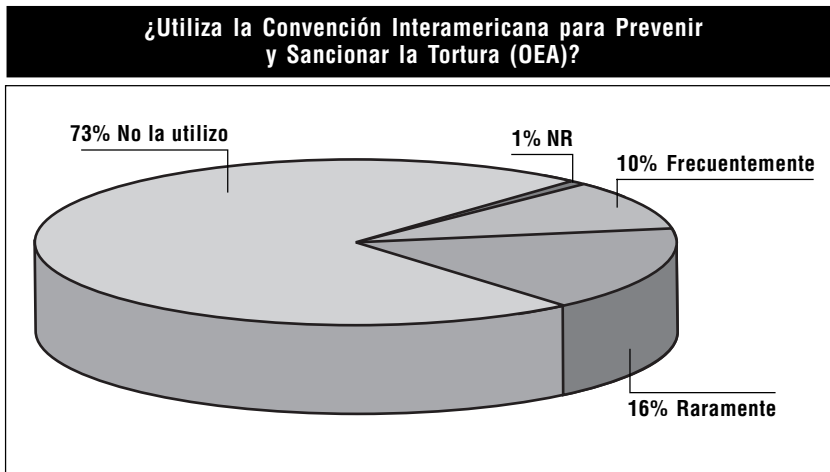


GRÁFICO 16

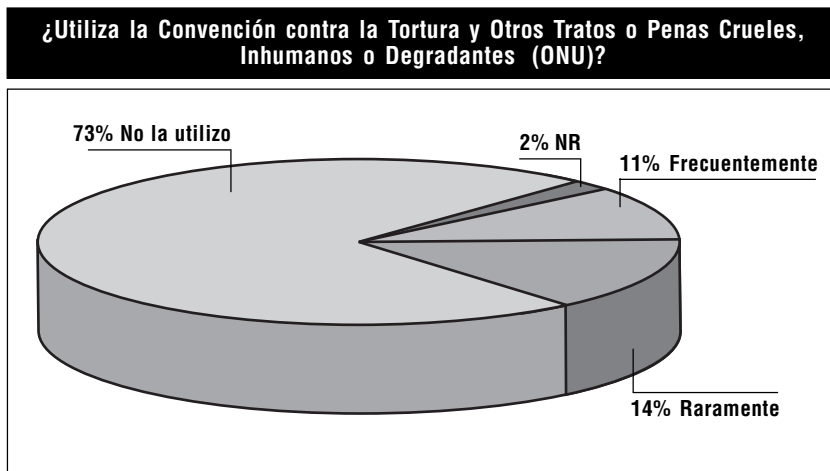
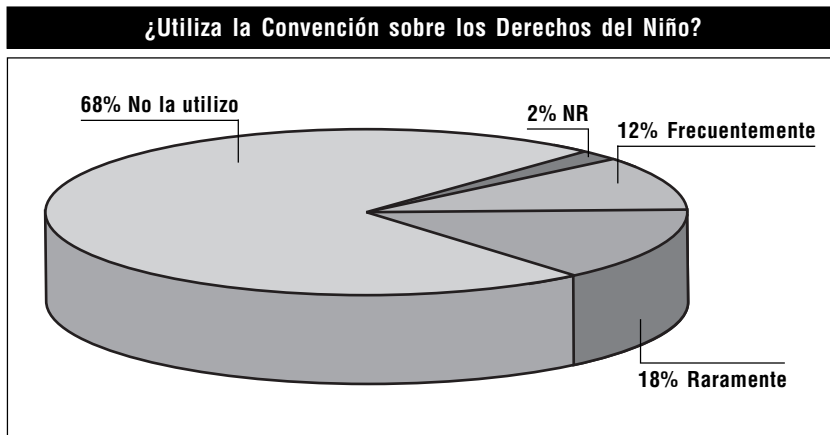


GRÁFICO 17



conmiseración por otros de solidaridad, sino de orden social y político, en el sentido de sustituir los discursos retóricos por acciones efectivas de inclusión.

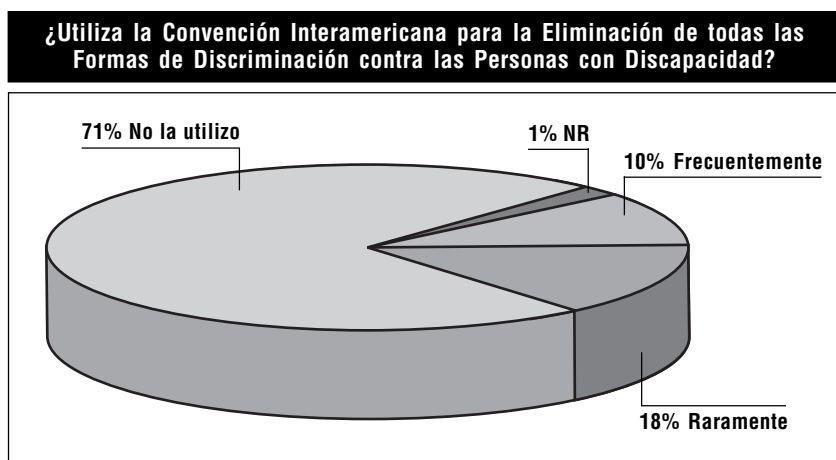
Para ello es necesario que se lleven a cabo políticas con vistas a la superación de las numerosas barreras que enfrentan las personas con distintos tipos de discapacidad, desde el acceso a la enseñanza hasta la inserción en el mercado de trabajo. Esta es exactamente la línea seguida por el ordenamiento jurídico cuando presenta, en la propia Constitución, dispositivos especiales para estas personas (Artículos 7º, 23, 37 y 203).

Con estos dispositivos, la Constitución poseía todas las condiciones para incorporar la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Así, la referida Convención fue ratificada por medio del Decreto Legislativo 198/2001 y del Decreto Ejecutivo 3.956/2001. Sin embargo, aún no se popularizó entre los operadores del derecho como instrumento eficaz en la lucha por los derechos de las personas con discapacidad, como revelan los datos de la investigación (véase el Gráfico 18).

Indagados sobre el uso de la Convención para fundamentar sus sentencias, solo el 10% de los jueces afirmó utilizarla frecuentemente. Del total de los jueces entrevistados, el 71% respondió que nunca recurrió a ella y el 18% que raramente la utiliza.

En un país con cerca de 24 millones de personas con algún tipo de discapacidad⁷ y tan pocas políticas sociales efectivas de superación de barreras, es realmente impresionante que una herramienta jurídico-social tan importante como esta Convención tenga un índice de aplicación tan bajo. Se puede plantear, en una hipótesis explicativa, la conjunción de dos variables fundamentales: (1)

GRÁFICO 18



7. Cf. IBGE, Censo Demográfico 2000.

bajo nivel de demandas judiciales destinadas a la garantía de los intereses de las personas discapacitadas; (2) bajo nivel de conocimiento de los jueces acerca de las normas de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de los que el Brasil es signatario.

Variables determinantes de la aplicación de los derechos humanos

La elección de modelos de regresión como herramienta para subsidiar el análisis de los datos mencionados está relacionada con su aplicabilidad en tests de hipótesis, utilizados para testar si la efectivización de los derechos humanos en la *comarca* del estado de Rio de Janeiro está influenciada por las características del juez, su formación y su concepción acerca del tema.

Para el ajuste de los modelos logísticos multinominales, se adoptó como variable respuesta una indicadora del uso de la normativa en el fundamento de las sentencias dictadas. Tal variable se construyó a partir de las respuestas “frecuentemente”, “raramente” o “no [la/lo] utilizo” dada a cada una de las once normativas aplicadas en la investigación.

La variable indicadora fue considerada “frecuentemente” cuando tal respuesta ocurría en por lo menos una de las normativas mencionadas. Se consideró “raramente” cuando no había ninguna respuesta igual a “frecuentemente” y por lo menos una igual a “raramente”. La respuesta “no [la/lo] utilizo” fue asociada siempre que había tal respuesta para todas las normativas mencionadas.

El procedimiento adoptado para el modelado de los datos consistió en aplicar tests de hipótesis acerca de la contribución de cada variable para el poder de explicación del modelo, en un nivel de 5% de significancia. Las variables consideradas significativas, en el nivel fijado, fueron utilizadas en la composición de un único modelo y se aplicaron nuevos tests de hipótesis. Por fin, al excluir las variables que junto con las demás no contribuyeron significativamente para el poder de explicación del modelo, se obtuvo el modelo ajustado.

Los valores de las estadísticas⁸ utilizadas para medir la significancia de cada variable en los respectivos modelos se pueden ver en la Tabla 4. Como resultado del test de hipótesis, cuyas estadísticas y respectivos p-valores se muestran en esa tabla, se concluyó que pueden contribuir, en el nivel de significancia de 5%, para explicar la utilización de las normativas en la fundamentación de las sentencias, las siguientes variables: (a) tipo de *vara*; (b) raza o color del juez; (c) tipo de escuela donde cursó la mayor parte de la enseñanza media; (d) dónde cursó la carrera de grado; (e) si le gustaría hacer cursos de derechos humanos; (f) si sabe cómo funcionan los sistemas de protección internacional de los derechos humanos de la ONU y de la OEA; (g)

8. Estas estadísticas de test se obtuvieron con el empleo de la PROC GENMOD del SAS.

TABLA 4

Estadísticas de test de significancia de las variables para el modelo con 24 variables (Modelo 1)				
Estadísticas de RL para análisis de tipo 1				
Categorías	Desviación	GL	Chi-cuadrado	Prob > Chi-cuadrado
Tipo de vara	399,7911	5	17,10	0,0043
Sexo (2)	427,4586	1	3,26	0,0708
Edad (3)	433,6336	3	0,18	0,9814
Color de piel (4)	382,3783	3	25,80	<,0001
Tiempo de desempeño en el cargo (5)	425,2816	3	4,35	0,2259
Tiempo en el tipo de vara (6)	417,8612	4	8,06	0,0893
Enseñanza Media (7)	417,6860	3	8,15	0,0430
Carrera de grado (8)	383,2655	14	25,36	0,0312
DH en la carrera de grado (9)	427,7312	2	3,13	0,0994
Estudió DH (10)	430,8308	1	1,58	0,2091
Le gustaría estudiar DH (11)	413,0721	4	10,46	0,0334
Participación en ONG (12)	430,2227	3	1,88	0,5974
Sistema ONU/OEA (13)	403,1920	3	15,40	0,0015
Decisiones cortes internacionales (14)	425,4045	3	4,29	0,2317
Enriquecer sentencias (15)	421,3918	2	6,30	0,0429
Orden de desalojo (16)	428,7396	2	2,62	0,2694
Acción afirmativa (17)	428,0307	2	2,98	0,2257
Privación de libertad (18)	425,1317	3	4,43	0,2189
DH Son (19)	429,4057	4	2,29	0,6826
DHES y DHCP (20)	433,7453	2	0,12	0,9417
Tutela DH y gasto ejecutivo (21)	433,2650	2	0,36	0,8351
Irrealizabilidad de los DH (22)	431,0908	3	1,45	0,6944
DH aplicables (23)	421,2597	1	6,36	0,0117
Sentencia Corte Interamericana (24)	430,2081	2	1,89	0,3889

si piensa que el conocimiento de las decisiones de las cortes internacionales puede auxiliar o enriquecer sus sentencias; (h) si expediría una orden de desalojo contra reos que no poseen otro inmueble; (i) y si actuó alguna vez en un juicio en el que las normas de derechos humanos fueran aplicables. Así, estas variables se utilizaron en la composición de un único modelo, al que se le aplicó un nuevo test de hipótesis, y se descartaron las demás. Las estadísticas de test calculadas considerándose el modelo con las ocho variables se muestran en la Tabla 5.

El resultado de los nuevos tests de hipótesis, cuyas estadísticas y respectivos p-valores se muestran en la Tabla 5 – si cree que el conocimiento de las decisiones

de las cortes internacionales puede auxiliar o enriquecer sus sentencias y si actuó alguna vez en un juicio en el que las normas de derechos humanos fueran aplicables – , llevó a concluir que el tipo de institución en que el juez cursó la mayor parte de la enseñanza media y la carrera de grado no contribuyó de modo relevante, al nivel de significancia de 5%, para la explicación de la utilización de las normativas para fundamentar las sentencias. Tales variables se descartaron y se buscó ajustar un nuevo modelo que contuviera las cuatro variables restantes, que se muestran en la Tabla 6.

El resultado de los nuevos tests de hipótesis, cuyas estadísticas y respectivos p-valores se muestran en la Tabla 6, llevó a concluir que el hecho de que el juez tenga o no interés en hacer cursos de derechos humanos no contribuye significativamente al nivel de significancia de 5% para explicar la utilización de las normativas para fundamentar las sentencias. Tal variable fue descartada y fue posible concluir que el modelo con solo tres variables explica el comportamiento de la utilización de normativas internacionales de protección de los derechos humanos para fundamentar las sentencias dictadas en el ámbito

TABLA 5

Estadísticas de test de la significancia de las variables para el modelo con 8 variables (Modelo 2)				
Estadísticas de RL para análisis de tipo 1				
Categorías	Desviación	GL	Chi-cuadrado	Prob > Chi-cuadrado
Tipo de vara	4.030,958	5	19,09	0,0018
Color de piel (4)	3.736,788	3	14,71	0,0021
Enseñanza media (7)	3.661,548	3	3,76	0,2883
Carrera de grado (8)	3.250,368	14	20,56	0,1135
Le gustaría estudiar DHS (11)	3.022,778	4	11,38	0,0226
Sistema ONU/OEA (13)	2.699,890	3	16,14	0,0011
Enriquecer sentencias (15)	2.613,929	2	4,30	0,1166
DH aplicables (23)	2.582,670	1	1,56	0,2112

TABLA 6

Estadísticas de test de significancia de las variables para el modelo con 4 variables (Modelo 3)				
Estadísticas de RL para análisis de tipo 1				
Categorías	Desviación	GL	Chi-cuadrado	Prob > Chi-cuadrado
Tipo de vara	4.030,958	5	19,09	0,0018
Color de piel (4)	3.736,788	3	14,71	0,0021
Le gustaría estudiar DHS (11)	3.629,021	4	5,39	0,2497
Sistema ONU/OEA (13)	3.471,050	3	7,90	0,0482

de la *comarca* de Rio de Janeiro, tan bien como los modelos anteriormente probados. Las estadísticas y los respectivos p-valores se muestran en la Tabla 7.

El modelo ajustado con los efectos principales de las tres variables se puede obtener aplicando a la ecuación general los valores estimados de los parámetros presentados en la Tabla 8.

El análisis de los valores estimados de los parámetros permite identificar el tipo de contribución de cada uno de los niveles de los factores para el empleo de las normativas internacionales de protección a los derechos humanos para fundamentar las sentencias dictadas. A continuación presentaremos un análisis para cada uno de los factores.

Tipo de fuero, o vara

La *vara* (o fuero), considerada como unidad de investigación, se encuentra ordenada según las diversas áreas del derecho, lo que facilita la actuación del juez y el acceso a la justicia por parte de la sociedad.

Se observa que la mayoría de las *varas* investigadas pertenece al área civil: son 57, en toda la *comarca*. Siguen en número las *varas* criminales – en total, 19 investigadas – y las de Familia – en total, 15 investigadas. Por último, participaron en la investigación 6 de cada una de las siguientes *varas*: de Hacienda Pública, de Huérfanos y Sucesiones, y “otras *varas*” (véase el Gráfico 19).

Con el objetivo de examinar la concepción y la aplicación de los derechos humanos por parte de los jueces, es fundamental llevar en consideración el tipo de fuero en el que el juez actúa, pues el tema tratado está relacionado directamente con la aplicabilidad de algunas de las normativas mencionadas. En la Tabla 9, los tipos de *vara* están ordenados de manera decreciente según su contribución en la utilización de las normativas internacionales en los fundamentos de las sentencias.

El análisis comparativo de los tipos de *vara* permite afirmar que la

GRÁFICO 19

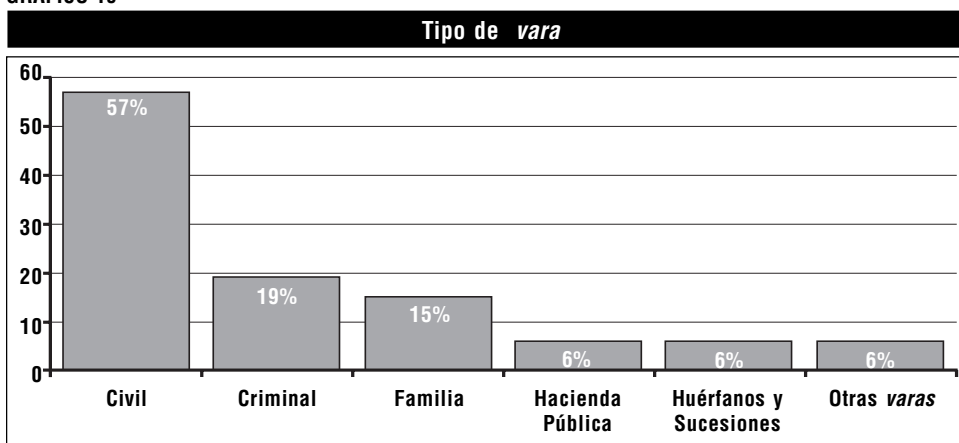


TABLA 7

Estadísticas de test de significancia de las variables para el modelo con 3 variables (Modelo ajustado)				
Estadísticas de RL para análisis de tipo 1				
Categorías	Desviación	GL	Chi-cuadrado	Prob > Chi-cuadrado
Tipo de vara	4.030,958	5	19,09	0,0018
Color de piel (4)	3.736,788	3	14,71	0,0021
Sistema ONU/OEA (13)	3.514,756	3	11,10	0,0112

TABLA 8

Valores estimados de los parámetros y respectivas desviaciones típicas			
Análisis de los parámetros estimados			
Parámetro	Nivel	Estimación	Desviación típica
Tipo de vara	Criminal	0,1605	0,9656
	Otros tipos de vara	0,0000	0,0000
	Familia	-0,7936	0,9862
	Huérfanos y Sucesiones	-0,9415	13,765
	Civil	-11,184	0,8695
	Hacienda Pública	-11,484	12,206
Color de piel o raza	Pardos	14,457	17,588
	No informó	0,0000	0,0000
	Indígenas	-0,9477	23,034
	Blancos	-16,863	15,914
ONU y OEA	Sí	21,475	13,346
	Sólo superficialmente	14,382	11,866
	No informó	0,0000	0,0000
	No	-0,2025	13,468

TABLA 9

Valores estimados de los parámetros y respectivas desviaciones típicas			
Análisis de los parámetros estimados			
Parámetro	Nivel	Estimación	Desviación típica
Tipo de vara	Criminal	0,1605	0,9656
	Otros tipos de vara	0,0000	0,0000
	Familia	-0,7936	0,9862
	Huérfanos y Sucesiones	-0,9415	13,765
	Civil	-11,184	0,8695
	Hacienda Pública	-11,484	12,206

probabilidad de que se empleen frecuentemente las normativas internacionales en el fundamento de las sentencias es mayor cuando se trata de la Justicia Criminal. En el otro extremo, están la Justicia de Hacienda Pública y Civil, que presentan el menor índice de utilización de esta normativa para fundamentar las sentencias. Llama la atención el hecho de que el Estado (Hacienda Pública) y las relaciones entre particulares (Civil) permanezcan al margen de las discusiones en torno del reconocimiento de las diferentes modalidades de eficacia de los derechos fundamentales, tanto en la esfera pública como en la privada.

Entre estos extremos está la categoría “otras *varas*” – que comprende Justicia de la Infancia y de la Juventud y las *varas* únicas de Ejecución Penal, Auditoría Militar, y Registros Públicos –, así como la categoría de Justicia de Familia y la de Huérfanos y Sucesiones, en las que las posibilidades de empleo de las normativas disminuyen gradualmente.

Color de piel o raza

En el análisis descriptivo de los jueces que participaron de la investigación, presentado en la sección anterior, se puede observar que solo un juez declaró considerarse indígena y dos no quisieron informar su color o raza. En efecto, se debe atribuir una mayor importancia a los datos referidos a los de color blanco y pardo. En la Tabla 10, el color o raza de los jueces está ordenado de manera decreciente, según su contribución para el empleo de las normativas internacionales en los fundamentos de las sentencias.

Se observa que entre los de color pardo se dan las mayores probabilidades de que las normativas se utilicen frecuentemente. Por otro lado, entre los blancos se dan las mayores probabilidades de que las normativas **nunca** se utilicen. Tomando como base la categoría que agrega los casos en que el juez no quiso informar su color o raza (“no informó”), la raza indígena también presentó menores probabilidades de utilización frecuente de las normativas internacionales para fundamentar las sentencias.

La alta probabilidad de que los jueces pardos utilicen las normativas

TABLA 10

Valores estimados de los parámetros y respectivas desviaciones típicas			
Análisis de los parámetros estimados			
Parámetro	Nivel	Estimación	Desviación típica
Color o raza	Pardos	14,457	17,588
	No informó	0,0000	0,0000
	Indígenas	-0,9477	23,034
	Blancos	-16,863	15,914

internacionales de protección de los derechos humanos para fundamentar sus sentencias puede estar asociada a una mayor preocupación con el tema, conformada a lo largo de la historia de exclusión social sufrida por este grupo social. Aun cuando el Brasil es el país con la segunda mayor población de afrodescendientes, estos se encuentran, en su mayoría, en una situación de inferioridad social y económica. El discurso de que no existe exclusión por razones étnicas en nuestro país no traduce lo que ocurre en la práctica. La presencia de personas de color pardo en cargos de jefatura, en universidades y otras posiciones sociales altas es todavía ínfima.

Los resultados de la investigación muestran las consecuencias de un proceso de concienciación: los pocos y privilegiados que tuvieron acceso a la universidad y hoy ocupan el cargo de juez actúan con conciencia crítica y preocupación respecto de las desigualdades sociales. A pesar de ser minoría en la *comarca* de Rio de Janeiro, el conjunto de los jueces pardos muestra una acción diferenciada, compatible con la comprensión de que las normativas internacionales de protección de los derechos humanos son grandes aliadas para la garantía de la dignidad humana.

Conocimiento sobre los Sistemas de Protección a los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA

Del total de jueces, la mayoría constituye el grupo de los que no conocen los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA o los conocen solo superficialmente. Solo el 17% declaró poseer conocimientos de estos sistemas sin restricciones.⁹ Con un breve análisis exploratorio, se pueden obtener indicios de que la utilización de las normativas de protección de los derechos humanos es precaria, pues el conocimiento de estos sistemas termina por reflejarse acentuadamente en la aplicación de las normativas internacionales. Las posibilidades de que un juez que no conozca los citados sistemas aplique una normativa internacional son mínimas; sin embargo, estas posibilidades aumentan a medida que el desconocimiento se convierte en conocimiento superficial y, más aún, en conocimiento pleno. El desconocimiento de los Sistemas Internacionales de Protección de la ONU y de la OEA se mostró íntimamente ligado a la no aplicación de las normativas internacionales relativas a los derechos humanos.

En la Tabla 11, el nivel de conocimiento del Sistema de Protección Internacional de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA está ordenado de manera decreciente, según su contribución para la utilización de las normativas internacionales para fundamentar las sentencias.

9. Véase el punto "Sistemas de protección de la ONU y de la OEA", pág. 151.

TABLA 11

Valores estimados de los parámetros y respectivas desviaciones típicas			
Análisis de los parámetros estimados			
Parámetro	Nivel	Estimación	Desviación típica
ONU y OEA	Sí	21,475	13,346
	Sólo superficialmente	14,382	11,866
	No informó	0,0000	0,0000
	No	-0,2025	13,468

Consideraciones finales

La finalidad precípua de este estudio fue investigar el grado de efectivización, o **justiciabilidad**, de los derechos humanos en la prestación de la tutela jurisdiccional por parte de los jueces de primera instancia de la *comarca* de Rio de Janeiro.

A lo largo de la investigación se fue haciendo evidente una instigante paradoja: si por un lado los jueces demuestran concepciones osadas acerca de los derechos humanos y de la aplicabilidad, en teoría, de sus normas garantizadoras, por otro, pocos son los que efectivamente aplican normas que versan sobre tales derechos, sobre todo al tratarse de la utilización específica de los Sistemas de Protección Internacional de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA. Esto puede explicarse a partir de la constatación de que el 40% de los jueces **nunca** estudió derechos humanos, y solo el 16% de ellos saben cómo funcionan los Sistemas de Protección Internacional de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA. Aun así, la gran mayoría, el 73% de los jueces, afirma que si tuviera la oportunidad participaría de cursos sobre derechos humanos.

Con el empleo del modelo de regresión se llegó a solo tres variables – tipo de *vara*, color de piel o raza del juez, conocimiento de los sistemas ONU y OEA – suficientes y determinantes para la explicación del comportamiento de los jueces en lo que se refiere a la utilización de las normativas internacionales en los fundamentos de las sentencias.

A partir del análisis comparativo de los tipos de *vara*, se verificó que el nivel de utilización de las normativas internacionales para fundamentar las sentencias es mayor cuando se trata de la Justicia Criminal y menor en la Justicia Civil y de Hacienda Pública. Así, hay entre los jueces, todavía, una mentalidad que contraría los estudios doctrinarios más modernos que reconocen la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Y, en las relaciones que involucran al Estado, se pueden vislumbrar fácilmente hipótesis que exigen la tutela de los derechos humanos, como por ejemplo, casos en los que personas pertenecientes a sectores carentes pleitean al Estado para que provea

los medicamentos y/o que costee el tratamiento médico, con fundamento en los derechos a la vida y a la salud constitucionalmente garantizados.

En cuanto al segundo factor, se observó que entre los jueces de color pardo se da una mayor probabilidad de utilización frecuente de las normativas internacionales, al tiempo que entre los blancos se encuentran las menores probabilidades. Si se considera que en su mayoría los jueces son blancos, este resultado es preocupante.

El tercer factor, que concierne al conocimiento de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA, revela lo que ya se afirmó anteriormente: cuanto mayor es el nivel de conocimiento de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, mayores las posibilidades de empleo de las normativas mencionadas.

Finalmente, compete decir que la comprensión de la influencia de cada uno de los tres factores referidos a la utilización de las normativas internacionales puede ser de gran valor para la implementación de mecanismos que procuren garantizar una mayor efectividad a los derechos humanos.

Luego, no restan dudas de que todos los jueces, especialmente los blancos que actúen en la Justicia Civil o en la de Hacienda Pública, deben ser destinatarios de acciones (in)formadoras, con vistas a ampliar su conocimiento en materia de derechos humanos. La justiciabilidad de los derechos humanos es una cuestión de perfeccionamiento de la tutela jurisdiccional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGRESTI, Alan. *Categorical Data Analysis*. Nueva York: John Willey y Sons, 1990.
- ALEX, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- BLALOCK, Hubert M. *Social Statistics*. Tokio: McGraw-Hill, 1972.
- BOBBIO, Norberto. “Presente e futuro dos direitos do homem”. En: *A era dos direitos*. Traducción de Carlos Nelson Coutinho. Nueva edición. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA NETO, Pedro Luís de Oliveira. *Estatística*. São Paulo: Edgard Blücher, 1977.
- DOBSON, Annette J. *An Introduction to Generalized Linear Models*. Londres: Chapman y Hall, 1996.
- EVERITT, B. S. y DER, G. *A Handbook of Statistical Analyses Using SAS*. Londres: Chapman y Hall.

- FARIA, José Eduardo. “Justiça e Poder Judiciário, ou a virtude confronta a instituição”. Dossier Judicial. *Revista da USP*. São Paulo, n. 21, 1994.
- GAMERMAN, Dani y MIGON, Hélio dos Santos. “Introdução aos modelos lineares”. *Textos de métodos matemáticos* n. 27. Rio de Janeiro: Universidad Federal de Rio de Janeiro, 1993.
- GATTI, Bernardete Angelina. *Estatística básica para ciências humanas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. “Sobre a legitimização pelos direitos humanos”. En: J-C. MERLE y L. MOREIRA (orgs.). *Direito e legitimidade*, pp. 67-82. São Paulo: Landy, 2003.
- LEVIN, Jack. *Estatística aplicada a ciências humanas*. São Paulo: Habra, 1987.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. rev. y ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. Florianópolis: OAB/SC Ed., 1999.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.
- PIZZINGA, Adrian Heringer. *Modelos de regressão para respostas nominais politômicas*. Monografía final de Licenciatura. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas (ENCE), 2000.
- POWERS, Daniel A. y XIE, Yu. *Methods for Categorical Data Analysis*. San Francisco: Academic Press, 2000.
- RATKOWSKY, David A. *Handbook of Nonlinear Regression Models*. Nueva York: Marcel Dekker, 1989.
- SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de trabalho de direitos humanos. *Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Traducido del portugués por Miriam Osuna

PLAN DE ACCIÓN PRESENTADO POR LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS*

Louise Arbour

*No tendremos desarrollo sin seguridad,
no tendremos seguridad sin desarrollo y no
tendremos ni seguridad ni desarrollo si no se
respetan los derechos humanos.
(A/59/2005, párr. 17)*

El presente plan de acción, que fue solicitado por el Secretario General en su informe “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos” (A/59/2005), presenta una visión estratégica sobre la orientación que deberá seguir en el futuro la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Está basado en la afirmación del Secretario General, compartida por muchos, de que la comunidad internacional debe hacer mucho más por abordar las amenazas que pesan actualmente sobre los derechos humanos y el ACNUDH debe disponer de un volumen de recursos considerablemente mayor para desempeñar la función fundamental que le corresponde en la labor de enfrentar ese desafío.

El plan se fundamenta en el mandato conferido al Alto Comisionado de promover y proteger el disfrute efectivo y universal de todos los derechos humanos y tiene por objeto, en particular, remediar problemas de larga data en su cometido de “[...] desempeñar un papel activo en la tarea de eliminar los actuales obstáculos y de hacer frente a los desafíos para la plena realización de todos los derechos humanos y de prevenir la persistencia de violaciones de los derechos humanos en todo el mundo [...]” (Véase la resolución 48/141 de la Asamblea General, párrafo 4.f).

* Este es el resumen del Plan de Acción elaborado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, incluido como anexo del Informe del Secretario General, “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos”, presentado al 59º período de sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Su versión completa se encuentra disponible en <www.ohchr.org>.

El legado histórico del programa de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos reside especialmente en el amplio conjunto de normas y reglas relativas a los derechos humanos producidas en los 60 últimos años. Pero, para que puedan ponerse a trabajar nuevos recursos y capacidades en respuesta a los problemas de derechos humanos planteados actualmente por la pobreza, la discriminación, los conflictos, la impunidad, los déficit democráticos y la debilidad institucional, se necesitará prestar mayor atención al cumplimiento de los compromisos.

Así, en el presente plan se prevé prestar atención a una serie de carencias que afectan al cumplimiento sobre el terreno, como las relativas a los conocimientos, la capacidad, el grado de compromiso y la seguridad. La contribución a paliar esas carencias, protegiendo así a las personas y procurando darles poder para que hagan realidad sus derechos, debe considerarse la misión esencial de la oficina de las Naciones Unidas para los derechos humanos.

Para esos fines, el plan establece medidas prácticas en cinco ámbitos:

- a. Intensificación de la implicación en los países mediante la expansión de las secciones encargadas de zonas geográficas, un mayor despliegue de personal de derechos humanos a los países y regiones, el establecimiento de capacidad permanente para las tareas de despliegue rápido, investigación, prestación de apoyo sobre el terreno, fomento de la capacidad en materia de derechos humanos, asesoramiento y asistencia y el fomento de la labor sobre la justicia de transición y el Estado de derecho.
- b. Potenciación del liderazgo en materia de derechos humanos del Alto Comisionado mediante, entre otras cosas, una mayor interacción con los órganos y entidades pertinentes de las Naciones Unidas y la celebración de consultas periódicas sobre derechos humanos en el conjunto del sistema, una presencia reforzada en Nueva York, un informe temático anual sobre derechos humanos, una campaña mundial en favor de los derechos humanos y una mayor dedicación a los esfuerzos a favor de la reducción de la pobreza y de los objetivos de desarrollo del Milenio.
- c. Profundización de las alianzas con la sociedad civil y los organismos de las Naciones Unidas mediante el establecimiento de una función de apoyo a la sociedad civil, la prestación de apoyo a los defensores de los derechos humanos, una dedicación más intensa a las actividades de la Acción 2* en relación con los enfoques basados en los derechos y los sistemas nacionales de protección y la oferta de orientación sobre derechos humanos al sistema de coordinadores residentes.

* Acción 2 es un programa mundial para reforzar la capacidad de los equipos de las Naciones Unidas en los países a fin de apoyar a los Estados miembros que lo soliciten en el fortalecimiento de sus sistemas nacionales de promoción y protección de los derechos humanos. Está basado en el plan de acción interinstitucional adoptado en septiembre de 2003 por los jefes de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM) y el Comité Ejecutivo de Asuntos Humanitarios. [NE]

- d. Aumento de la sinergia en la relación entre el ACNUDH y los distintos órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, con la celebración de una reunión intergubernamental para examinar las opciones de establecer un órgano unificado permanente creado en virtud de los tratados de derechos humanos y la posibilidad de trasladar a Ginebra el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y un examen de los procedimientos especiales.
- e. Fortalecimiento de las actividades de gestión y planificación para el ACNUDH mediante el establecimiento de una dependencia de políticas y planificación, un aumento considerable de la plantilla, la adopción de iniciativas para fomentar la diversidad de la plantilla, la puesta al día de las actividades de capacitación del personal, el establecimiento de una normativa sobre la rotación del personal sobre el terreno y nuevos procedimientos administrativos.

Aunque el presente plan de acción se centra en la labor del ACNUDH, su redacción tuvo como telón de fondo el debate sobre el futuro de la Comisión de Derechos Humanos, en el contexto de la propuesta del Secretario General de que la Comisión sea elevada a la categoría de Consejo de Derechos Humanos. El ACNUDH apoya decididamente la propuesta de que el estudio de la situación de los países se realice mediante un sistema eficaz, justo y transparente de exámenes entre los países y se fundamente en el principio de examen universal. El ACNUDH está dispuesto a contribuir a los debates sobre la mejor manera de alcanzar esos objetivos.

El presente plan conlleva considerables consecuencias estratégicas, operacionales y materiales. En la sección V se ofrece una síntesis de las medidas prácticas con objeto de facilitar su consulta.

La ejecución de determinados aspectos del plan podría iniciarse en los próximos meses procurando establecer un orden de prioridades más eficaz respecto de los recursos existentes y mejorar las labores de planificación y formulación de políticas, de modo que todos los componentes del ACNUDH puedan actuar mejor para paliar las carencias que afectan al cumplimiento en el nivel de los países de forma coordinada y sostenida.

Sin embargo, para ser aplicado en su integridad, el plan exige que el ACNUDH reciba un volumen de recursos considerablemente mayor, o de lo contrario no pasará de ser una declaración de intenciones. Actualmente, el programa en materia de derechos humanos recibe solamente el 1,8% del presupuesto de las Naciones Unidas. Por consiguiente, la mayor parte de los recursos del ACNUDH, incluso los destinados a las actividades básicas solicitadas por los órganos de las Naciones Unidas, está en forma de contribuciones extra presupuestarias. El presupuesto anual del ACNUDH se eleva a un total de 86,4 millones de dólares. Se calcula que, a fin de paliar las deficiencias señaladas en el informe del Secretario General y hacer un esfuerzo decidido por intensificar la labor de la Oficina según las directrices propuestas en el presente plan de acción, el ACNUDH necesitará duplicar su volumen total de recursos en los próximos cinco a seis años.