

v. 6 • n. 11 • dic. 2009
Semestral

Edición en Español

● **Víctor Abramovich**

De las Violaciones Masivas a los Patrones Estructurales:
Nuevos Enfoques y Clásicas Tensiones en el Sistema Interamericano
de Derechos Humanos

● **Viviana Bohórquez Monsalve y Javier Aguirre Román**

Las Tensiones de la Dignidad Humana: Conceptualización y Aplicación
en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

● **Debora Diniz, Livia Barbosa y**

Wederson Rufino dos Santos

Discapacidad, Derechos Humanos y Justicia

● **Julieta Lemaitre Ripoll**

El Amor en Tiempos de Cólera: Derechos LGBT en Colombia

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

● **Malcolm Langford**

Justiciabilidad en el Ámbito Nacional y los Derechos Económicos,
Sociales y Culturales: Un Análisis Socio-Jurídico

● **Ann Blyberg**

El Caso de la Asignación Incorrecta: Derechos Económicos y Sociales
y el Trabajo Presupuestario

● **Aldo Caliri**

Comercio, Inversiones, Finanzas y Derechos Humanos:
Tendencias, Desafíos y Oportunidades

● **Patricia Feeney**

Empresas y Derechos Humanos: La Lucha por la Rendición
de Cuentas en la ONU y el Rumbo Futuro de la Agenda de Incidencia

COLOQUIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

● **Entrevista con Rindai Chipfunde-Vava,**

Directora de Zimbabwe Election Support Network (ZESN)

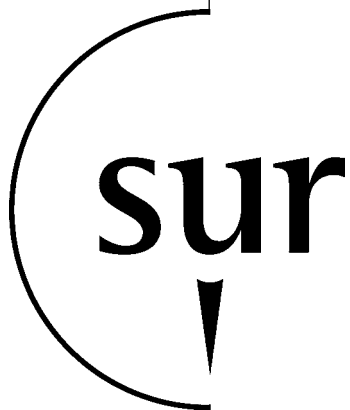
● **Informe sobre el IX Coloquio Internacional de Derechos Humanos**



RED UNIVERSITARIA
DE DERECHOS HUMANOS

SUR

Un proyecto de Conectas Derechos Humanos



**revista internacional
de derechos humanos**

v. 6 • n. 11 • São Paulo • dic. 2009

11

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.revistasur.org>. A Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos está indexada en *International Bibliography of the Social Sciences* (IBSS) y en Scientific Electronic Library Online (SciELO).

CONSEJO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidad de Pretoria (Sudáfrica)

Emilio García Méndez

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Fifi Benaboud

Centro Norte-Sur del Consejo de la Unión Europea (Portugal)

Fiona Macaulay

Universidad de Bradford (Reino Unido)

Flavia Piovesan

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

J. Paul Martin

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Kwame Karikari

Universidad de Ghana (Ghana)

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidad de El Cairo (Egipto)

Richard Pierre Claude

Universidad de Maryland (Estados Unidos)

Roberto Garretón

Ex – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Chile)

Upendra Baxi

Universidad de Warwick (Reino Unido)

EDITORES

Pedro Paulo Poppovic

Oscar Vilhena Vieira

COMITÉ EJECUTIVO

Flavia Scabin

Juana Kweitel - editora asociada

Thiago Amparo

EDICIÓN

Thiago Amparo

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

DISTRIBUCIÓN

Mila Dezan

IMPRESIÓN

Prol Editora Gráfica Ltda.

SUSCRIPCIÓN Y CONTACTO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Barão de Itapetininga, 93 – 5º andar - República

São Paulo - SP - Brasil - CEP 01042-908

Tel/Fax: 55 11 3884-7440

E-mail: <contato.sur@conectas.org>

Internet <www.revistasur.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. SUR es una iniciativa de **Conectas Derechos Humanos**, una organización internacional sin fines de lucro con sede en Brasil. (Sitios de Internet: www.conectas.org y www.conectasur.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)

Daniela Ikawa

Public Interest Law Institute (Estados Unidos)

Ellen Chapnick

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés

Universidad de Mainz (Alemania)

Fateh Azzam

Representante Regional, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (Líbano)

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)

José Reinaldo de Lima Lopes

Universidad de São Paulo (Brasil)

Julia Marton-Lefevre

Universidad para la Paz (Costa Rica)

Lucia Dammert

FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma (Italia)

Luiz Eduardo Wanderley

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

Malak Poppovic

Conectas Derechos Humanos (Brasil)

Maria Filomena Gregori

Universidad de Campinas (Brasil)

Maria Hermínia Tavares de Almeida

Universidad de São Paulo (Brasil)

Miguel Cillero

Universidad Diego Portales (Chile)

Mudar Kassis

Universidad Birzeit (Palestina)

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)

Víctor Abramovich

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Víctor Topanou

Universidad Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand

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

CONTENIDOS

VÍCTOR ABRAMOVICH	7	De las Violaciones Masivas a los Patrones Estructurales: Nuevos Enfoques y Clásicas Tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
VIVIANA BOHÓRQUEZ MONSALVE Y JAVIER AGUIRRE ROMÁN	41	Las Tensiones de la Dignidad Humana: Conceptualización y Aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DEBORA DINIZ, LÍVIA BARBOSA Y WEDERSON RUFINO DOS SANTOS	65	Discapacidad, Derechos Humanos y Justicia
JULIETA LEMAITRE RIPOLL	79	El Amor en Tiempos de Cólera: Derechos LGBT en Colombia
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES		
MALCOLM LANGFORD	99	Justiciabilidad en el Ámbito Nacional y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Un Análisis Socio-Jurídico
ANN BLYBERG	135	El Caso de la Asignación Incorrecta: Derechos Económicos y Sociales y el Trabajo Presupuestario
ALDO CALIARI	155	Comercio, Inversiones, Finanzas y Derechos Humanos: Tendencias, Desafíos y Oportunidades
PATRICIA FEENEY	177	Empresas y Derechos Humanos: La Lucha por la Rendición de Cuentas en la ONU y el Rumbo Futuro de la Agenda de Incidencia
COLOQUIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS		
	195	Entrevista con Rindai Chipfunde-Vava, Directora de Zimbabwe Election Support Network (ZESN)
	200	Informe sobre el IX Coloquio Internacional de Derechos Humanos

PRESENTACIÓN



Esta edición de la revista Sur fue elaborada en colaboración con la Red Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red-DESC). Esta red es una iniciativa mundial dedicada a promover el trabajo colectivo entre organizaciones y activistas alrededor del mundo dedicados a garantizar la justicia económica y social a través de los derechos humanos. A tal fin, la Red contribuye al desarrollo de una voz colectiva y actividades conjuntas entre los miembros, el intercambio de información y el aprendizaje mutuo, la promoción de nuevas herramientas y estrategias, y el fortalecimiento de enlaces entre diferentes regiones, idiomas y disciplinas.

Cuatro de los artículos publicados en este número son versiones revisadas de los documentos producidos para la Reunión Internacional de Estrategias sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Asamblea General de la Red DESC realizada en Kenia, Nairobi del 5 al 8 de diciembre de 2008, que se nutrieron de los intensos y valiosos debates protagonizados por los participantes del evento. El objetivo de estos documentos era proporcionar una evaluación crítica del trabajo en derechos humanos, haciendo foco específico en los derechos económicos, sociales y culturales- y en particular del trabajo colectivo que los miembros y participantes de la Red-DESC venían desarrollando en distintas áreas temáticas. Al mismo tiempo, los artículos se proponían evaluar las oportunidades y los desafíos a futuro y discutir potenciales intervenciones estratégicas para asegurar la efectiva realización de los derechos sociales*.

De este modo presentamos en este número un dossier que discute cuales son los desafíos y oportunidades que enfrentan en ciertas áreas las organizaciones y movimientos sociales que luchan por la vigencia de los derechos sociales en el mundo, sus principales estrategias y un catálogo de recomendaciones para la acción futura.

En el primer artículo del dossier, Ann Blyberg presenta una breve historia de la utilización del análisis presupuestario por parte de la sociedad civil, y explica en qué consiste el trabajo con el presupuesto público como herramienta de exigibilidad de derechos, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales. Discute diferentes enfoques –transparencia, género y derecho a la alimentación– del trabajo actual, y proporciona ejemplos de experiencias realizadas por grupos de la sociedad civil de diferentes países.

Aldo Caliarì analiza de qué modo el aumento del comercio internacional y de los flujos financieros transnacionales, la desregulación, las privatizaciones y la reducción de la función del Estado, culminaron en el desgaste de la capacidad de los Estados de adoptar las medidas activas necesarias para respetar, proteger y satisfacer los derechos humanos en su jurisdicción territorial. En base a una descripción general de las tendencias planteadas por la intersección de las políticas comerciales, financieras y de inversiones y los derechos humanos, Caliarì presenta un panorama de las estrategias utilizadas por diversas organizaciones para proteger los derechos humanos en este contexto, incluyendo algunas historias de éxito.

*Otros artículos sobre el uso de estrategias de derechos humanos por parte de movimientos sociales y comunidades de base y sobre el trabajo en materia de derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres fueron producidos en esta oportunidad y pueden ser solicitados directamente a la secretaria de la Red a través del correo: info@escr-net.org.

Patrícia Feeney describe los altibajos del proceso de elaboración de estándares universales sobre responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos. Reflexiona sobre las razones que llevaron a desistir del Proyecto de Normas de la ONU sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales, y evalúa las fortalezas y debilidades del Marco “Proteger, Respetar y Remediar” adoptado por el Consejo de Derechos Humanos en año 2008 a propuesta del Representante Especial del Secretario General de la ONU para el tema, John Ruggie.

Finalmente, Malcolm Langford ofrece un panorama socio-jurídico sobre la exigibilidad de los derechos económicos y sociales en el ámbito nacional, formulando algunas preguntas sobre sus orígenes, contenido y estrategias. Incluye también el debate en torno al impacto del litigio y una evaluación de las principales lecciones aprendidas. Como conclusión ofrece algunas ideas sobre cómo podría desarrollarse este campo en el futuro.

Completan este número de la Revista cinco artículos sobre temas diversos y una entrevista. En el primer artículo, Víctor Abramovich presenta un panorama general de algunas discusiones estratégicas acerca del rol del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en el escenario político regional. El autor sugiere que el SIDH debería en el futuro profundizar su rol político, poniendo la mira en los patrones estructurales que afectan el ejercicio efectivo de derechos por los sectores subordinados de la población.

En su artículo, Viviana Bohórquez Monsalve y Javier Aguirre Román realizan una reconstrucción conceptual de tres tensiones del concepto de dignidad humana: i) la tensión entre su carácter natural y artificial (o consensual o positivo); ii) la tensión entre su carácter abstracto y concreto y iii) la tensión entre su carácter universal y particular.

En el tercer artículo, Debora Diniz, Livia Barbosa y Wederson Rufino dos Santos buscan demostrar de qué modo el campo de los estudios sobre discapacidad ha consolidado el concepto de discapacidad como desventaja social. Como resultado de este nuevo concepto, que fue el adoptado por la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, la discapacidad no se resume a un catálogo de enfermedades enumeradas por una pericia biomédica, sino que es un concepto que denuncia la desigualdad impuesta por ambientes con barreras a un cuerpo con impedimentos.

Partiendo de una descripción de la violencia que enfrentan en Colombia las personas lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales y transgeneristas (LGBT) y de las sentencias de la Corte Constitucional sobre la protección de la libre opción sexual, Julieta Lamaitre Ripoll analiza en el cuarto artículo el papel simbólico del derecho y argumenta que los activistas en su país tienen una relación ambivalente con el derecho: al mismo tiempo que recelan de este, por su ineficacia, se movilizan por la reforma legal y celebran la jurisprudencia progresista de la Corte Constitucional.

Por primera vez y a pedido de los participantes del evento, se incluye en la Revista Sur un breve relato sobre el IX Coloquio Internacional de Derechos Humanos. Durante el IX Coloquio fue realizada además la entrevista con Rindai Chipfunde-Vava, Directora de Zimbabwe Election Support Network (ZESN) que completa este número de la Revista Sur. En ella, Rindai destaca la importancia del trabajo de observación electoral en África e insiste en la necesidad de que los defensores de derechos humanos vean las elecciones como una cuestión de derechos humanos.

Agradecemos el apoyo de la Fundación Ford, UNDEF, la Red-DESC y el Observatório Interdisciplinar de Direitos Humanos de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS) para la realización de este número de la Revista Sur.

Finalmente, nos complace enormemente informar que la Fundación Carlos Chagas apoyará en 2010 y 2011 la Revista Sur. Esta nueva cooperación es sumamente prometedora, ya que además del apoyo financiero, esta prestigiosa institución de investigación complementará los esfuerzos editoriales de la Revista.



VÍCTOR ABRAMOVICH

Víctor E. Abramovich, es abogado, profesor adjunto regular de la materia Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires desde 2000 y dirige actualmente la Maestría en Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Lanús (UNLA). En el año 1997 se integró al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), ocupando la dirección ejecutiva de la institución

desde el año 2000 hasta diciembre de 2005. En junio de 2005 fue electo miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA por el período 2006 a 2009. En la CIDH fue Relator para Colombia, Guatemala, Cuba y Costa Rica. Ha sido Relator sobre Derechos de las Mujeres (2006/2007) y Relator sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Ha sido nombrado representante de la CIDH ante el órgano de aplicación del Protocolo de San Salvador (2008). Como comisionado participó activamente en la elaboración de diversos informes y estudios temáticos relacionados con el acceso a la justicia. Entre otros participó en la elaboración del informe temático de la CIDH sobre *"El acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas"* (2006), y *"Acceso a la Justicia e Inclusión Social. El camino al fortalecimiento de la democracia en Bolivia"* (2007). Por mandato de la CIDH realizó el estudio sobre *"Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales"* (2008). También elaboró el documento: *"Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en derechos económicos, sociales y culturales"* (2008) que fue recientemente presentado ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA. En 2009 como Relator temático lideró el proceso de elaboración del estudio: *"El deber de protección de la propiedad comunal indígena sobre tierras, territorios y recursos naturales"* y del documento: *"Directrices relativas al deber estatal de consulta respecto de proyectos de desarrollo que puedan afectar derechos de los pueblos indígenas"*.

Email: vabramovich@unla.edu.ar

RESUMEN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha incidido en la última década en el proceso de internacionalización de los sistemas jurídicos en varios países de América Latina. La jurisprudencia del SIDH se comenzó a aplicar gradualmente en las decisiones de los tribunales constitucionales y las cortes supremas nacionales, y en los últimos tiempos en la formulación de algunas políticas estatales. Este proceso produjo importantes cambios institucionales, pero también enfrenta problemas y obstáculos, lo que lo ha llevado a sufrir algunos retrocesos. El SIDH se encuentra en un período de fuertes debates, que procuran definir sus prioridades temáticas y su lógica de intervención, en un nuevo escenario político regional de democracias deficitarias y excluyentes, diferente del escenario político que lo vio nacer y dar sus primeros pasos. Este artículo procura presentar un panorama general de algunas discusiones estratégicas acerca del rol del SIDH en el escenario político regional. En este artículo se sugiere que el SIDH debería en el futuro profundizar su rol político, poniendo la mira en los patrones estructurales que afectan el ejercicio efectivo de derechos por los sectores subordinados de la población. Para lograrlo deberá resguardar su función subsidiaria de los sistemas de protección nacionales, y procurar que sus principios y estándares se incorporen no sólo en la doctrina de los tribunales, sino en la orientación general de las leyes y las políticas de gobierno.

Original en Español.

Recibido en septiembre de 2009. Aceptado en diciembre de 2009.

PALABRAS CLAVE

Sistema Interamericano de Derechos Humanos – Violaciones de derechos humanos – Internacionalización de los sistemas jurídicos nacionales.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

DE LAS VIOLACIONES MASIVAS A LOS PATRONES ESTRUCTURALES: NUEVOS ENFOQUES Y CLÁSICAS TENSIONES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Víctor Abramovich

1 Introducción

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha incidido en la última década en el proceso de internacionalización de los sistemas jurídicos en varios países de América Latina. En ese período más países han aceptado la competencia de la Corte Interamericana (como México y Brasil) y le han dado a la Convención Americana rango constitucional o superior a las leyes en sus sistemas jurídicos. Los abogados, los jueces, los operadores jurídicos, los funcionarios y los activistas sociales han aprendido mucho más sobre la lógica de funcionamiento del SIDH y han comenzado a utilizarlo ya no de manera extraordinaria o selectiva. También han comenzado a citar sus decisiones y argumentar con sus precedentes en las cortes locales y en los debates sobre políticas públicas. Esto llevó a que la jurisprudencia del SIDH se comenzara a aplicar gradualmente en las decisiones de los tribunales constitucionales y las cortes supremas nacionales, y en los últimos tiempos, aun de manera más débil, en la formulación de algunas políticas estatales. Este proceso de incorporación en el ámbito nacional del derecho internacional de los derechos humanos produjo importantes cambios institucionales.

Como ejemplo, basta señalar que los estándares jurídicos desarrollados por la jurisprudencia de la Comisión Interamericana (CIDH o Comisión) y de la Corte Interamericana (Corte IDH o Corte) sobre invalidez de las leyes de amnistía de graves violaciones de derechos humanos, le dieron sostén legal a la apertura de los procesos judiciales contra los responsables de crímenes de lesa humanidad, en Perú y Argentina. Esos estándares fijados en el caso Barrios Altos contra Perú, han sido definitivos para invalidar la ley de auto-amnistía del régimen de Fujimori, y sostener el juzgamiento de los crímenes cometidos

Ver las notas del texto a partir de la página 36.

durante su Gobierno (PERÚ, Barrios Altos vs. Perú, 2005), pero la decisión del caso ha tenido un efecto cascada e incidido en la argumentación legal de los tribunales argentinos al invalidar las leyes de obediencia debida y punto final (ARGENTINA, Simón, Julio Héctor y otros, 2005). La jurisprudencia interamericana, también está presente, aunque de manera más tímida, en decisiones recientes de los tribunales superiores de Chile¹. Resulta además relevante en los debates sobre reducción de penas en el marco del proceso de paz con los grupos paramilitares en Colombia, así como en el tratamiento político y judicial de los temas pendientes de justicia transicional en Guatemala, el Salvador, Honduras, Paraguay y Uruguay. Recientemente se han presentado ante la Corte IDH casos sobre crímenes de lesa humanidad cometidos en Brasil (CIDH, Julio Gomez Lund y otros vs. Brasil, 2009c), Bolivia (CIDH, Renato Ticona Estrada y otros vs. República de Bolivia, 2007b) y México (CIDH, Rosendo Radilla Pacheco vs. México, 2008b), lo que ha incidido en las discusiones políticas y judiciales locales.

Este proceso sin embargo no es lineal. Enfrenta problemas y obstáculos y ha sufrido también algunos retrocesos. El SIDH por lo demás se encuentra en un período de fuertes debates, que procuran definir sus prioridades temáticas y su lógica de intervención, en un nuevo escenario político regional de democracias deficitarias y excluyentes, diferente del escenario político que lo vio nacer y dar sus primeros pasos, en el marco de los procesos dictatoriales en Sudamérica en los años setenta y los conflictos armados centroamericanos de los ochenta.

Este artículo procura presentar un panorama general de algunas discusiones estratégicas que tienen lugar tanto al interior de los órganos interamericanos, como de la comunidad de derechos humanos, acerca del rol del SIDH en el escenario político regional.

En *primer lugar* procuraremos identificar el rol jugado por los órganos del SIDH en tres momentos históricos diferenciados, planteando en cada etapa las prioridades temáticas y las estrategias principales de intervención. Así, describiremos el rol del SIDH en la actualidad, su carácter subsidiario de los sistemas democráticos, su uso estratégico por la sociedad civil local e internacional, y por los gobiernos y otras instancias estatales.

En la *segunda parte* del artículo describiremos la ampliación de la agenda del SIDH en temas sociales e institucionales, y presentaremos los desarrollos recientes sobre igualdad estructural y reconocimiento de derechos diferenciados a favor de grupos subordinados. En esta segunda parte llamaremos la atención sobre el enfoque de ciertos conflictos de derechos humanos en la región, como evidencia de patrones sistemáticos de racismo, violencia y exclusión, y relacionaremos esta mirada estructural con la puesta en contexto de los casos individuales en el marco de prácticas de violaciones masivas durante las dictaduras.

Por último, en la *tercera parte* del artículo, presentaremos sumariamente una agenda preliminar de discusión sobre algunos desafíos del SIDH, en especial la revisión de sus mecanismos de remedios, sus procedimientos de implementación de decisiones, sus reglas procesales para el litigio de casos colectivos; así como la relación compleja de articulación y conflicto con los sistemas de justicia nacionales.

2 Cambio de roles en nuevos escenarios políticos

Es indudable que el rol de los órganos del sistema, tanto de la Comisión como de la Corte, ha variado a la luz del cambio de los escenarios políticos en el Continente Americano.

En sus inicios el SIDH debió enfrentar violaciones masivas y sistemáticas cometidas bajo sistemas de terrorismo de estado, o en el marco de violentos conflictos armados internos. Su rol fue, en síntesis, el de **un último recurso de justicia para las víctimas** de esas violaciones, que no podían acudir a sistemas de justicia interno devastados o manipulados. En esos tiempos iniciales de asfixia política al interior de los Estados nacionales, los Informes sobre países de la Comisión sirvieron para documentar situaciones con rigor técnico, y para legitimar las denuncias de las víctimas y sus organizaciones y exponer y desgastar la imagen de los dictadores en la esfera local e internacional.

Luego, durante las transiciones post-dictatoriales en la década del 80 y principios de la década del 90, el SIDH tuvo ya un sentido más amplio, pues procuró **acompañar los procesos políticos dirigidos al tratamiento del pasado autoritario** y sus secuelas en las instituciones democráticas. En este período el SIDH comenzó a delinear los principios medulares acerca del derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación ante graves violaciones, masivas y sistemáticas, de derechos humanos. Fijó los límites de las leyes de amnistía. Sentó las bases para la protección estricta de la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa. Invalidó los tribunales militares para juzgar civiles y casos de derechos humanos, limitando un espacio de acción de las fuerzas militares que eran todavía actores de veto en las transiciones y procuraban impunidad por los crímenes del pasado. Protegió el habeas corpus, las garantías procesales y el orden constitucional democrático y la división de poderes estatales, ante la posibilidad todavía latente en la época de regresiones autoritarias y de abusos de los estados de excepción (CORTE IDH, 1986, 1987a, 1987b)². Interpretó el alcance de las limitaciones que impone la Convención a la aplicación de la pena de muerte, invalidando la pena de muerte a menores de edad y enfermos mentales, la aplicación de pena de muerte como sanción única frente a un crimen, y fijando estándares estrictos de debido proceso, como garantía para limitar la arbitrariedad de los tribunales en la aplicación de la pena capital. Abordó además temas sociales que expresaban rezagos discriminatorios en la región, por ejemplo al afirmar la igualdad ante la ley de las mujeres en sus derechos familiares y matrimoniales, y los derechos hereditarios de los hijos nacidos fuera del matrimonio que los códigos civiles americanos consideraban todavía como “ilegítimos”.

Durante la década del 90 además enfrentó con firmeza regímenes de terrorismo de estado, como el régimen peruano de Alberto Fujimori, documentando y denunciando como lo había hecho en Sudamérica en los 70, prácticas sistemáticas de desapariciones y torturas y la impunidad que apañaba esos crímenes de estado. También fue un actor relevante en el seguimiento de las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas en el marco del conflicto armado interno en Colombia.

El actual escenario regional es sin duda más complejo. Muchos países de la región dejaron atrás sus experiencias transicionales, pero no lograron consolidar sus sistemas democráticos. Se trata de un escenario de democracias representativas, que han dado algunos pasos importantes, por ejemplo en la mejora de los sistemas electorales, el respeto a la libertad de prensa, el abandono de las prácticas de violencia política; pero que presentan serias deficiencias institucionales, tales como sistemas de justicia inefectivos y sistemas policiales y penitenciarios violentos. Democracias que además conviven con niveles alarmantes de desigualdad y exclusión, que provocan a su vez un clima de constante inestabilidad política.

En este nuevo escenario los órganos del SIDH han procurado no sólo reparar a las víctimas en casos particulares, sino también fijar un cuerpo de principios y estándares, con el propósito de **incidir en la calidad de los procesos democráticos** y en el fortalecimiento de los principales mecanismos domésticos de protección de derechos. El desafío del SIDH en esta etapa es mejorar las condiciones estructurales que garantizan la efectividad de los derechos en el nivel nacional. Este enfoque tiene como presupuesto el *carácter subsidiario* de los mecanismos de protección internacional frente a las garantías de esos derechos en los propios Estados. De tal modo que reconoce los límites claros de la supervisión internacional y al mismo tiempo resguarda el necesario margen de autonomía de los procesos políticos nacionales, para alcanzar mejores niveles de realización y vigencia de los derechos humanos.

De ese modo, el resguardo de la autonomía de los Estados se expresa en el alcance de la interpretación que hace el SIDH de algunas reglas procesales que definen su grado de intervención. Tales como la regla que exige el “agotamiento previo” de los recursos disponibles en el ámbito interno del país para remediar la situación, así como la regla de la “cuarta instancia”, en virtud de la cual el SIDH se inhibe de revisar el acierto o el error de las decisiones de los tribunales nacionales en materias no regidas directamente por la Convención, y si se respetan las garantías de procedimiento.

La primera regla, del “agotamiento previo de recursos internos”, si bien tiene naturaleza procesal, resulta un factor clave para entender la dinámica de funcionamiento de todo el sistema interamericano y en especial su función subsidiaria. Al obligar a presentar y agotar el sistema de acciones y recursos organizado por el sistema judicial del Estado nacional, se brinda a cada Estado la posibilidad de solucionar el conflicto y remediar las violaciones antes de que el asunto sea examinado en la esfera internacional. El alcance de esta regla en la jurisprudencia de los órganos del SIDH, define el grado de intervención que está dispuesto a ejercer el mecanismo internacional en las diferentes situaciones, en base a la idoneidad y eficacia del sistema judicial nacional.

La segunda regla denominada de la “cuarta instancia” funciona como una suerte de margen de deferencia a los sistemas judiciales nacionales, pues les reconoce un amplio margen de autonomía para actuar en la interpretación de las normas locales y la decisión de los casos particulares, bajo la condición exclusiva de que respeten las garantías procesales establecidas en la Convención³.

También el SIDH ha dado cuenta del nuevo escenario de democracias constitucionales en la región, reconociendo márgenes de deferencia a los Estados nacionales en la definición de ciertos asuntos sensibles, como el diseño de los sistemas

electorales en función de cada contexto social e histórico, y siempre que se respete el ejercicio igualitario de los derechos políticos⁴.

En algunos casos, además la CIDH ha considerado especialmente en su examen de la aplicación de la Convención en casos particulares, los argumentos desarrollados por los tribunales superiores de los Estados que han aplicado la misma Convención, o analizado los mismos asuntos con sus propios parámetros constitucionales. No se trata del reconocimiento de márgenes de deferencia en sentido estricto, sino de la consideración especial de ciertas decisiones de tribunales internos como punto de apoyo, o como una base de argumentación, que es tenida particularmente en cuenta por la CIDH al realizar su propio examen del caso. Este tipo de argumentación sostenida en decisiones de tribunales locales, se ha considerado en el análisis sobre la razonabilidad de leyes internas, que impusieron restricciones de derechos fundamentales. Lo ha hecho por ejemplo, considerando razonables argumentos de tribunales locales que determinaron la proporcionalidad de condenas de daños y perjuicios por difamación, a fin de decidir si se había violado la libertad de prensa (CIDH, *Dudley Stokes vs. Jamaica*, 2008a). También al examinar una decisión de un tribunal nacional acerca de la razonabilidad de una reforma del sistema de seguridad social, a fin de determinar si esa reforma cumplía con parámetros de proporcionalidad y progresividad, y por lo tanto si existían restricciones legítimas de derechos sociales (CIDH, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 2009d).

Pero en el nuevo escenario político regional, además de un cambio de enfoque es posible identificar también una variación en la agenda.

En la etapa de las transiciones como dijimos, el SIDH contribuyó a algunos debates institucionales como la subordinación de las fuerzas armadas al control civil y su intervención en asuntos de seguridad interna, y al alcance de los fueros y las competencias de la justicia penal militar. Estos asuntos tenían una vinculación directa con el tratamiento de las violaciones del pasado pues implicaban definir el poder de veto o de presión de los militares en las transiciones. En la etapa posterior a las transiciones, la agenda institucional se amplía considerablemente por el tipo de asuntos que llegan a conocimiento del SIDH.

Un lugar central en la nueva agenda del SIDH lo ocupan los temas relativos al funcionamiento de los sistemas de **administración de justicia**, que tienen impacto o relación con el ejercicio de derechos humanos. No sólo las garantías procesales de los imputados en procesos criminales, sino también el derecho de ciertas víctimas que no logran un acceso igualitario a la justicia y sufren patrones estructurales de impunidad frente a determinados crímenes estatales, como la violencia de las agencias policiales y penitenciarias. Las estrategias de lucha contra el crimen organizado y el terrorismo internacional han recuperado algunas discusiones de la agenda transicional relativas a la administración de justicia, como el debate sobre la competencia del fuero militar. En ese sentido ha cobrado centralidad el seguimiento de las políticas de seguridad ciudadana. También las garantías de independencia e imparcialidad de los tribunales y diferentes cuestiones relacionadas con la amplia protección convencional del debido proceso y el derecho a la protección judicial, incluso en relación con la tutela judicial de derechos sociales.

Otra línea de problemas institucionales examinados por el SIDH en la etapa post transiciones, son aquellos temas vinculados con la **preservación de la esfera pública** democrática en los países de la región. Desde temas relacionados con libertad de expresión, libertad de prensa, acceso a la información pública, derecho de reunión y asociación, libertad de manifestar y de manera incipiente algunos temas relativos a igualdad y debido proceso judicial en materia electoral.

Por lo demás, un aspecto prioritario de la agenda del SIDH en esta etapa lo ocupan nuevas **demandas de igualdad de grupos y colectivos**, que se proyectan sobre muchos de los asuntos institucionales que antes mencionamos, pues abarcan situaciones de sectores excluidos que ven afectados sus derechos de participación y expresión, sufren patrones de violencia institucional o social, u obstáculos en el acceso a la esfera pública, al sistema político, o a la protección social o judicial. Volveremos específicamente sobre esta cuestión en los puntos 4 y 5.

Además de la ampliación de la agenda, también se observa en esta tercera etapa un cambio en las formas de intervención del SIDH, y en el efecto que tienen sus decisiones en la esfera local.

La jurisprudencia del SIDH ha tenido un considerable **impacto en la jurisprudencia** de los **tribunales nacionales** que aplican las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Es importante considerar que las decisiones adoptadas por los órganos del sistema en un caso particular tienen un valor heurístico, de interpretación de los tratados aplicables al conflicto, que trasciende a las víctimas afectadas en ese proceso. Esa jurisprudencia internacional suele ser utilizada además como guía para las decisiones que adoptan luego a nivel doméstico los tribunales nacionales, que procuran así evitar que los Estados puedan ser expuestos a peticiones y eventuales condenas ante las instancias internacionales. Este proceso de *globalización de estándares de derechos humanos*, si bien no ha alcanzado igual grado de desarrollo en toda la región y está sujeto en ocasiones a la precariedad de los sistemas de justicia, ha tenido una indudable incidencia positiva en la transformación de esos mismos sistemas judiciales, y ha generado una mayor atención en las autoridades estatales a los desarrollos del SIDH. Así la jurisprudencia fijada por la Comisión y en especial por la Corte, ha incidido en diversos cambios jurisprudenciales en los países del área, en temas relacionados con la débil y deficitaria institucionalidad de las democracias latinoamericanas. Podemos mencionar por ejemplo la jurisprudencia sobre la despenalización del desacato y de las críticas emitidas por la prensa, el acceso a la información pública, los límites en la persecución penal de manifestaciones públicas pacíficas. La fijación de límites y condiciones objetivas para el uso de la prisión preventiva; de las facultades de detención de las policías y para el uso de la fuerza pública. La determinación de pautas para un sistema penal diferenciado para los menores de edad; sobre el derecho a apelar ante un tribunal superior las condenas penales, la participación de las víctimas de crímenes de estado en los procesos judiciales. También el reconocimiento de mínimos de debido proceso en la esfera administrativa y la revisión judicial de actos administrativos, así como de garantías básicas en los procesos de remoción de magistrados, entre otros asuntos de gran relevancia para el funcionamiento de las instituciones y orden constitucional en los Estados (MENDEZ; MARIEZCURRENA, 2000, ABRAMOVICH; BOVINO; COURTIS, 2007).

Ahora bien, la incidencia del SIDH no se limita al impacto de su jurisprudencia sobre la jurisprudencia de los tribunales locales. Otra vía importante para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en los Estados, surge de la capacidad del SIDH de influir en la **orientación general de algunas políticas públicas**, y en los procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización de las mismas. Así, es común observar que las decisiones individuales adoptadas en un caso, suelen imponer a los Estados obligaciones de formular políticas para reparar la situación que da origen a la petición, e incluso establecen el deber de abordar los problemas estructurales que están en la raíz del conflicto analizado en ese caso.

La imposición de estas obligaciones positivas es precedida por lo general del examen bajo estándares jurídicos, de las políticas implementadas, o de la falta de acción (omisión) del Estado. Esas obligaciones pueden consistir en cambios de políticas existentes, reformas legales, la implementación de procesos participativos para formular nuevas políticas públicas, y muchas veces en la reversión de ciertos patrones de comportamiento que caracterizan el accionar de ciertas instituciones del Estado, que promueven violaciones, por ejemplo violencia policial, abuso y tortura en las prisiones, aquiescencia del Estado frente a situaciones de violencia doméstica, políticas de desplazamientos forzoso de población en el marco de conflictos armados, desalojos masivos de poblaciones indígenas de sus tierras ancestrales.

Además, en el marco de los casos individuales el SIDH, en especial la Comisión promueve procesos de **solución amistosa** o negociaciones entre los peticionarios y los Estados, en los cuales los Estados muchas veces se comprometen a implementar esas reformas institucionales o crean mecanismos de consulta con la sociedad civil para la definición de políticas. Así, en el marco de diversos procesos de solución amistosas se ha conseguido por ejemplo que algunos Estados modifiquen sus leyes. Por ejemplo deroguen la figura del desacato que permitía la penalización de la crítica política; creen procedimientos para averiguar la verdad sobre el paradero de personas desaparecidas; implementen programas masivos de reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos o programas de reparación colectiva de comunidades afectadas por la violencia; implementen programas públicos de protección de víctimas, testigos y defensores de derechos humanos, revisen procesos penales en los que se había dictado condenas sin debido proceso, o revean el cierre de causas penales en las que se había absuelto de manera fraudulenta a agentes del Estado acusados de violar derechos humanos; adecuen normas del código civil que discriminaban a hijos nacidos fuera del matrimonio; o normas del código civil que discriminaban a las mujeres en sus derechos en el matrimonio; o implementen leyes de cupos para las mujeres en los procesos electorales, o leyes sobre violencia contra las mujeres, o implementen protocolos para la realización de abortos no punibles, o deroguen leyes migratorias que afectaban derechos civiles de los inmigrantes.

La CIDH realiza además recomendaciones sobre políticas públicas en sus **informes generales por países**. En ellos, analiza situaciones concretas de violaciones y realiza recomendaciones que orientan políticas estatales sobre la base de estándares jurídicos⁵.

También puede la Comisión emitir **informes temáticos** que abarcan temas de interés regional o que conciernen a varios Estados. Este tipo de informes tiene un enorme potencial para fijar estándares y principios y relevar situaciones colectivas o

problemas estructurales que pueden no estar debidamente reflejados en la agenda de los casos individuales. Tienen además una perspectiva promocional más clara que los informes por país, que suelen ser vistos como mecanismos de exposición de los Estados ante la comunidad internacional y sus audiencias locales. El proceso de elaboración de los informes temáticos permite a su vez a la Comisión dialogar con actores sociales locales e internacionales relevantes para esa temática, recabar la opinión de expertos, de agencias de cooperación e Instituciones Financieras Internacionales, de los órganos políticos y técnicos de la OEA, e iniciar vínculos con los funcionarios encargadas de generar en definitiva políticas en los campos analizados⁶.

Por último la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) puede emitir **opiniones consultivas**, que sirven para examinar problemas concretos más allá de los casos contenciosos, y fijar el alcance de las obligaciones estatales que emanan de la Convención y de otros tratados de derechos humanos aplicables en el ámbito regional, tales como la situación jurídica de los trabajadores migrantes, y los derechos humanos de niños y adolescentes. En estas opiniones consultivas en ocasiones la Corte ha intentado fijar marcos jurídicos para el desarrollo de políticas. Así por ejemplo en la Opinión Consultiva 18 procura definir una serie de principios que deben orientar las políticas migratorias de los Estados, y en especial el reconocimiento de ciertos derechos sociales básicos a los inmigrantes en situación irregular. En la Opinión Consultiva 17 procura orientar las políticas dirigidas a la infancia imponiendo límites a las políticas criminales dirigidas a los niños.

3 El SIDH como escenario del activismo transnacional y de la acción política de los gobiernos

Al mismo tiempo, el SIDH, tanto la Comisión como la Corte, se han convertido gradualmente en un escenario privilegiado de activismo de la sociedad civil, que ha desplegado estrategias innovadoras para aprovechar en el ámbito nacional la repercusión internacional de los casos y situaciones denunciadas en las denominadas *estrategias de bumerán* (NELSON; DORSEY, 2006, RISSE; SIKKINK, 1999, SIKKINK, 2003).

Las organizaciones sociales se han valido de este escenario internacional no sólo para denunciar violaciones y hacer visibles ciertas prácticas estatales cuestionadas, sino también para alcanzar posiciones privilegiadas de diálogo con los gobiernos o con aliados al interior de éstos, y para revertir las relaciones de fuerza, y alterar la dinámica de algunos procesos políticos. Ello en ocasiones ha facilitando la apertura de espacios de participación e incidencia social en la formulación e implementación de políticas, y en el desarrollo de reformas institucionales. También han sido estas organizaciones sociales las que han incorporado con mayor frecuencia los estándares jurídicos fijados por el SIDH como parámetro para evaluar y fiscalizar acciones y políticas de los Estados, y en ocasiones para impugnarlas ante los tribunales nacionales o ante la opinión pública local e internacional.

En los países de América Latina muchas organizaciones de derechos humanos y otras organizaciones sociales que actúan con una perspectiva de derechos, como organizaciones feministas, de control ciudadano, ambientales, y defensoras de usuarios y consumidores entre otras; además de fiscalizar las acciones estatales, han incorporado nuevas estrategias

de diálogo y negociación con los gobiernos, a fin de incidir en la orientación de sus políticas y lograr transformaciones en el funcionamiento de las instituciones públicas. El cambio de perspectiva apunta a incorporar al trabajo tradicional de denuncia de violaciones, una acción preventiva y de promoción capaz de evitarlas.

De tal modo la comunidad de usuarios del SIDH ha crecido considerablemente en número y se ha vuelto más variada, plural y compleja. El SIDH ha comenzado a ser utilizado de manera mucho más frecuente por las organizaciones sociales locales, y ya no sólo por las clásicas organizaciones internacionales que contribuyeron a darle forma en los primeros tiempos, o por aquellas que se han especializado en sus mecanismos. Algunos de los casos más exitosos en términos de cambios sociales, han sido promovidos y sostenidos por coaliciones o alianzas de “escala múltiple”, esto es con capacidad de actuar en diferentes esferas locales e internacionales. Por lo general se trata de coaliciones formadas por organizaciones internacionales o regionales con experiencia en el uso del SIDH, y organizaciones locales con capacidad de movilización social, diálogo e incidencia en los Gobiernos y en la opinión pública. Este tipo de alianzas ha permitido mejorar la articulación de las estrategias desplegadas en el escenario internacional, con las empleadas en el terreno local.

Al mismo tiempo muchas organizaciones locales han adquirido gradualmente experiencia suficiente para actuar de manera independiente en el SIDH, y en ocasiones han impulsado alianzas entre sus pares de otros países del área para impulsar en el SIDH temas regionales de interés común, como la brutalidad policial, o el acceso a la información pública o la violencia contra las mujeres (MACDOWELL SANTOS, 2007). Así, por ejemplo, una red de organizaciones especializadas en temas de violencia policial y sistema penal han promovido que la Comisión se involucre en la preparación de un informe temático sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, fijando estándares claros para orientar políticas de seguridad democráticas en toda la región. También ha sido resultado de la incidencia de redes de organizaciones sociales el reciente informe sobre la situación de los defensores de derechos humanos elaborado por la Comisión y el proceso de seguimiento de sus recomendaciones en los Estados. Una red de organizaciones no gubernamentales y medios de prensa comunitarios promueve la adopción por la CIDH de una serie de principios mínimos para la regulación de la radiodifusión.

Además de las organizaciones con perfil jurídico, que suelen representar a víctimas o a grupos de víctimas, determinadas acciones ante el SIDH involucran con frecuencia organizaciones de base o comunitarias que integran también redes o alianzas con aquellas, para impulsar casos, audiencias temáticas o promover informes de la CIDH. El trabajo de las Relatorías de la CIDH sobre derechos de los pueblos indígenas y sobre discriminación racial, ha ampliado considerablemente la utilización del SIDH por líderes de pueblos indígenas y de comunidades afroamericanas. También ha aumentado la participación de Sindicatos en alianza con organizaciones de derechos humanos, planteando temas relativos a libertad sindical, y justicia laboral y previsional.

En los países donde el SIDH es más conocido, como en Argentina y Perú, por ejemplo, abogados particulares han incorporado este escenario internacional como una nueva instancia en el litigio de variados temas, por ejemplo asuntos previsionales relativos a la demora de los procesos y la aplicación de leyes de emergencia, o las garantías de los imputados en procesos criminales.

Pero el SIDH también ha sido utilizado de manera activa por algunos Estados o por organismos públicos con competencia en derechos humanos, para iluminar ciertas cuestiones e impulsar agendas nacionales o regionales. Estos procesos se han favorecido con la paulatina conformación de una *burocracia estatal especializada* en el manejo de estos temas, que suele incidir en algunos aspectos de la gestión pública, tales como secretarías y comisiones de derechos humanos, direcciones especializadas en las Cancillerías, defensorías del pueblo, procuradurías de derechos humanos, defensorías públicas y fiscalías especializadas, entre otras. En ocasiones, cuando los Gobiernos tienen políticas claras en esta materia, un caso en el SIDH suele ser considerado como una oportunidad de incidencia política, por las áreas interesadas del mismo Gobierno, para superar resistencias en el propio Estado o en otros sectores sociales. Esto puede observarse con claridad en algunos procesos de solución amistosa que motivaron cambios en la legislación y en políticas nacionales (TISCORNIA, 2008). En ocasiones, los peticionarios son también agencias públicas independientes que litigan y en ocasiones negocian con la representación del gobierno. El ejemplo frecuente son las defensorías públicas penales que se han convertido en usuario importante del SIDH.

Algunos Estados han utilizado por ejemplo las opiniones Consultivas de la Corte para impulsar temas de derechos humanos que ocupan un espacio central en su política exterior como la protección de sus nacionales que emigran a los países centrales. Fue precisamente México el que promovió los pronunciamientos del sistema sobre asistencia consular en procesos con pena capital y sobre derechos laborales de inmigrantes en situación irregular, logrando que Estados Unidos se presentara ante la Corte como *Amicus Curiae* a defender los postulados de sus propias políticas. Recientemente el gobierno argentino, de manera articulada con algunas organizaciones sociales, promovió una discusión sobre la legalidad de la práctica de nombramiento de jueces *ad hoc* por los Estados en los litigios ante la Corte, y la potencial afectación del principio de imparcialidad. En los últimos tres años se han presentado además dos demandas interestatales, por primera vez desde la entrada en vigencia de la Convención Americana⁷.

También ha crecido el número de funcionarios públicos, jueces, defensores, fiscales, operadores judiciales, que han acudido a la CIDH y a la Corte IDH buscando protección cautelar urgente ante amenazas, intimidaciones o actos de violencia como represalia por el cumplimiento de sus funciones. Estas situaciones rompen el esquema clásico del SIDH protegiendo víctimas frente a los abusos de los Estados autoritarios y monolíticos, y pone en evidencia que el escenario de acción del SIDH es más complejo en la actualidad, de cara a Estados democráticos que expresan en su interior ambigüedades, disputas y contradicciones.

4 Una agenda ampliada. Exclusión y degradación institucional

Este cambio gradual de rol del SIDH en el nuevo escenario político fue acompañado también por un cambio gradual de la agenda de temas tratados por el SIDH. Sin embargo, como vimos, algunos de los viejos temas no han sido superados ni desplazados, como los conflictos de la justicia transicional. La nueva agenda se produce por la incorporación de nuevos temas que conviven con los asuntos tradicionales.

En los últimos años se ha ido consolidando en el SIDH *una agenda vinculada a los problemas derivados de la desigualdad y la exclusión social*. Ello a partir de la constatación de que luego de procesos complicados de transición, las democracias latinoamericanas se encuentran seriamente amenazadas por el aumento sostenido de las brechas sociales y la exclusión de vastos sectores de la población de sus sistemas políticos y de los beneficios del desarrollo, lo que impone límites estructurales al ejercicio de derechos sociales, políticos, culturales y civiles.

Los problemas de desigualdad y exclusión se reflejan en *la degradación de algunas prácticas institucionales* y en el deficiente funcionamiento de los Estados democráticos, lo que produce nuevas formas de vulneración de los derechos humanos, muchas veces emparentadas con las prácticas de los Estados autoritarios de décadas pasadas. No se trata de Estados que se organizan para violar sistemáticamente derechos, ni que planifican en sus esferas superiores acciones deliberadas para vulnerarlos masivamente, sino de Estados con autoridades electas legítimamente, que no son capaces de revertir e impedir prácticas arbitrarias de sus propios agentes, ni de asegurar mecanismos efectivos de responsabilidad por sus actos, como consecuencia del precario funcionamiento de sus sistemas judiciales (PINHEIRO, 2002). Los sectores sociales bajo condiciones estructurales de desigualdad y exclusión son las víctimas principales de este déficit institucional, lo que se refleja en algunos conflictos que ocupan la atención del SIDH: la violencia policial marcada por el sesgo social o racial, el hacinamiento y la tortura en los sistemas carcelarios, cuyas víctimas habituales son los jóvenes de sectores populares; las prácticas generalizadas de violencia doméstica contra las mujeres, toleradas por las autoridades estatales; la privación de la tierra y de la participación política de los pueblos y comunidades indígenas; la discriminación de la población afrodescendiente en el acceso a la educación y a la justicia; el abuso de las burocracias contra los inmigrantes indocumentados; los desplazamientos masivos de población rural en contextos de violencia social o política.

De allí que uno de los principales aportes y al mismo tiempo de los principales desafíos del SIDH en relación a los problemas regionales originados en la exclusión y la degradación institucional, reside en la capacidad de guiar con estándares y principios la actuación de los Estados democráticos en las situaciones concretas, tanto la jurisprudencia de los tribunales, a fin de determinar el alcance de los derechos; como los procesos de formulación de políticas públicas, contribuyendo de ese modo al fortalecimiento de las garantías institucionales y sociales de esos derechos en los diferentes espacios nacionales.

Frente a este tipo de situaciones la CIDH y la Corte IDH han procurado examinar no sólo casos o conflictos aislados, sino también los contextos sociales e institucionales en que esos casos y conflictos se desarrollan y adquieren sentido. Así como en el tiempo de las dictaduras y el terrorismo de estado, el SIDH había observado la situación de determinadas víctimas, la ejecución y la desaparición de determinadas personas, en función del contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, en la actualidad, en numerosas situaciones, ha procurado abrir el foco para enmarcar hechos particulares en **patrones estructurales** de discriminación y violencia contra grupos o sectores sociales determinados. Para

hacerlo, el SIDH se ha basado en una concepción del principio de igualdad, que sumariamente intentaremos presentar en lo que sigue. La reinterpretación del principio de igualdad ha permitido al SIDH involucrarse en temáticas sociales a partir de una reinterpretación del alcance de los derechos civiles y políticos establecidos en la Convención Americana.

5 Los derechos en un escenario de desigualdad estructural

Consideramos importante para ilustrar el cambio de enfoque mencionado, seguir algunas intervenciones del SIDH en asuntos referidos a problemas de igualdad relacionados con diversas formas de violencia, o con asuntos relativos a la participación política y el acceso a la justicia. Estos precedentes marcan una línea jurisprudencial que tiende a una lectura en clave social de numerosos derechos civiles de la Convención Americana, y afirma la existencia de deberes de acción positiva y no sólo de obligaciones negativas de los Estados. Esos deberes positivos suelen ser impuestos con mayor intensidad, como resultado del reconocimiento de que ciertos sectores sociales viven en condiciones estructurales de desventaja en el acceso o ejercicio de sus derechos básicos.

Si observamos la evolución de la jurisprudencia sobre igualdad en el sistema interamericano, concluiremos que el SIDH demanda a los Estados un rol más activo y menos neutral, como garantes no sólo del reconocimiento de los derechos, sino también de la posibilidad real de ejercerlos. En ese sentido, la perspectiva histórica sobre la jurisprudencia del SIDH marca una evolución desde un concepto de igualdad formal, elaborado en la etapa de la transición, hacia un concepto de igualdad sustantivo que se comienza a consolidar en la etapa actual del fin de las transiciones a la democracia, cuando la temática de la discriminación estructural se presenta con más fuerza en el tipo de casos y asuntos considerados por el SIDH. Así, se avanza desde una idea de igualdad como no discriminación, a una idea de igualdad como protección de grupos subordinados. Eso significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad, que apunta a la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, que busca generar reglas iguales para todos, y demanda del Estado una suerte de neutralidad o “ceguera” frente a la diferencia. Y se desplaza hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, *la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación*. Esta última noción presupone un Estado que abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección.

En un informe reciente de la CIDH se sistematizan algunas decisiones jurisprudenciales del sistema que marcan esta evolución en el concepto de igualdad en relación con los derechos de las mujeres (CIDH, 2007a).

Hay algunas consecuencias muy claras a partir de la adopción de una idea de igualdad estructural en el sistema interamericano. La primera es que las acciones de índole afirmativa que adopta el Estado no pueden ser en principio invalidadas bajo una noción de igualdad formal. En todo caso la impugnación de acciones afirmativas deberá basarse en críticas concretas de su razonabilidad en función de

la situación de los grupos beneficiados en un momento histórico determinado. La segunda consecuencia es que los Estados no sólo tienen el deber de no discriminar, sino que ante ciertas situaciones de desigualdad de índole estructural, tienen la obligación de adoptar acciones afirmativas o positivas de equilibrio para asegurar el ejercicio de los derechos por ciertos grupos subordinados. Una tercera consecuencia es que también pueden violar el principio de igualdad, prácticas o políticas que son en apariencia neutrales, pero que pueden tener un *impacto o un efecto discriminatorio* sobre ciertos grupos desaventajados. Esto ha sido ya señalado por la Corte, en el caso de Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana (CORTE IDH, 2005d). Una serie de prácticas que en apariencia pueden ser neutrales o pueden no expresar una voluntad deliberada de discriminar a un sector, pueden tener como efecto la discriminación de un sector definido, y por ello pueden considerarse violatorias de la regla de igualdad. Estas consecuencias parten de una lectura en clave social del principio de igualdad, ya que implican reconocer cómo ciertas acciones del Estado pueden impactar no en una persona individual, sino en un grupo o en un sector subordinado de la población. Equivale a cambiar el lente y abrir el prisma. Observar el contexto social y las trayectorias sociales de ciertas personas como parte de un grupo o colectivo sojuzgado o discriminado. De allí que no solo van a ser violatorias del principio de igualdad aquellas normas, prácticas o políticas que deliberadamente excluyan a determinado grupo, sin un argumento razonable o lógico, sino también las que pueden tener *efectos o impactos discriminatorios*⁸.

Al mismo tiempo, este concepto de igualdad se refleja en la forma en que el SIDH ha comenzado a releer las obligaciones de los Estados en materia de derechos civiles y políticos en ciertos contextos sociales.

Podemos señalar algunos antecedentes importantes sobre la extensión de los deberes de protección del Estado frente a la actuación de actores no estatales, por ejemplo en materia de violencia contra las mujeres. La CIDH fijó deberes especiales de protección estatal vinculados con el derecho a la vida y a la integridad física en función de una interpretación del principio de igualdad en línea con la que expusimos. En el caso de María Da Penha Fernández contra Brasil, la CIDH, frente a un patrón estructural de violencia doméstica que afectaba a las mujeres de la ciudad de Fortaleza en el Estado de Ceará, acompañada por una práctica general de impunidad judicial frente a este tipo de casos criminales, y la negligencia del gobierno local en implementar medidas efectivas de prevención, estableció que el Estado federal había violado el derecho a la integridad física de la víctima y el derecho a la igualdad ante la ley. También estableció que los Estados tienen un deber de acción preventiva diligente para evitar prácticas de violencia contra las mujeres, aún frente a la actuación de actores no estatales, con base no sólo en el artículo 7 de la Convención de Belem do Para sino también en la propia Convención Americana. La responsabilidad del Estado provenía de no haber adoptado medidas preventivas con debida diligencia para evitar que esa forma extendida de violencia existiera y se reprodujera en perjuicio de un grupo o colectivo determinado. La CIDH valora fundamentalmente la existencia de un patrón o “pauta sistemática” en la respuesta Estatal, que expresa a su juicio una suerte de tolerancia pública con la situación de violencia denunciada no sólo en perjuicio de la víctima sino con relación a otros casos idénticos o con características comunes. El

enfoque, como dijimos, va más allá de la situación particular de la víctima individual, pues se proyecta a la evaluación de la situación de discriminación y subordinación de un grupo social determinado. La situación estructural del grupo de mujeres afectadas por la violencia, por un lado califica los deberes de prevención del Estado y sus obligaciones reparatorias en el caso particular, pero además justifica el tipo de recomendaciones de alcance general que fija la CIDH al Estado y que incluyen por ejemplo cambios en las políticas públicas, en la legislación y en los procedimientos judiciales y administrativos (CIDH, *Maria da Penha Maia Fernández vs. Brasil*, 2001a, *Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez vs. México*, 2007c).

La CIDH consideró especialmente el impacto diferenciado sobre ciertos grupos sociales de prácticas extendidas de violencia desarrolladas por agentes estatales o por actores no estatales con la connivencia o tolerancia del Estado. En este orden de ideas, la Comisión, por ejemplo impuso responsabilidad a Brasil por no haber adoptado medidas para prevenir desalojos forzosos violentos emprendidos por ejércitos privados de hacendados que eran expresión de un patrón sistemático de violencia rural tolerado por las autoridades estatales, seguido de un patrón de impunidad en las investigaciones criminales de estos hechos. Para eso la CIDH tuvo especialmente en cuenta la situación de desigualdad estructural en que se encuentra un sector de la población rural en ciertos estados del Norte brasileño, y los niveles de tolerancia y connivencia entre sectores poderosos de hacendados, las fuerzas policiales y la justicia estadual (CIDH, *Sebastião Camargo Filho vs. Brasil*, 2009a). En otro caso, la CIDH responsabilizó a Brasil por un patrón de violencia policial dirigido a jóvenes negros en las favelas de Río de Janeiro, considerando que la ejecución extrajudicial de un joven de este grupo social, era un hecho representativo de ese patrón, el cual a su vez expresaba un sesgo racista en la actuación de la fuerza pública estadual, con la complicidad de la autoridad federal (CIDH, *Wallace de Almeida vs. Brasil*, 2009b). También la CIDH y la Corte IDH consideraron la situación de vulnerabilidad diferenciada frente a la violencia política de ciertos grupos en el marco del conflicto armado interno en Colombia, imponiendo al Estado deberes específicos de protección que implican restricciones en el uso de la propia fuerza estatal, y protección especial frente a otros actores no estatales, así como obligaciones especiales de reparación de alcance colectivo y políticas sociales diferenciadas y culturalmente pertinentes. Estas medidas de protección parten de la obligación de respetar y garantizar ciertos derechos culturales de grupos étnicos, por ejemplo restricciones a determinadas actividades bélicas en resguardo de la integridad de territorios colectivos de pueblos indígenas y comunidades negras colombianas⁹.

Entre los sectores mencionados por el SIDH como grupos discriminados o excluidos que requieren protección especial o tratamiento diferenciado, se encuentran los pueblos indígenas¹⁰ o la población afrodescendiente (FRY, 2002, ARIAS; YAMADA; TEJERINA, 2004)¹¹ y las mujeres en relación al ejercicio de ciertos derechos, como la integridad física¹² y la participación política¹³. También se ha enfatizado la obligación de garantía de los Estados ante la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad, como vimos, los niños que viven en la vía pública,

o en sistemas de internación, los enfermos mentales en reclusión, los inmigrantes indocumentados, la población campesina desplazada de sus territorio, o las personas pobres portadoras de HIV/ SIDA, entre otros.

Esta apretada reseña indica que el SIDH no recoge sólo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y por lo tanto a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren por consiguiente la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado, cuando debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho. Al mismo tiempo obliga a examinar, en un estudio de igualdad, la trayectoria social de la supuesta víctima, el contexto social de aplicación de las normas o las políticas cuestionadas, así como la situación de subordinación o desventaja del grupo social al cual pertenecen los potenciales afectados¹⁴.

El empleo de la noción de igualdad material conlleva una definición sobre el rol del Estado como garante activo de los derechos, en escenarios sociales de desigualdad. Es además una herramienta útil para examinar las normas jurídicas, las políticas públicas y las prácticas estatales, tanto su formulación, como sus efectos. La imposición de obligaciones positivas tiene consecuencias muy importantes respecto del rol político o promocional del SIDH, pues impone a los Estados el deber de formular políticas para prevenir y reparar violaciones de derechos humanos que afectan a ciertos grupos o sectores postergados.

Además tiene consecuencias directas en el debate sobre disponibilidad de remedios judiciales pues es sabido que las obligaciones positivas son más difíciles de exigir en los sistemas de justicia domésticos. En especial cuando se exige comportamientos positivos para resolver conflictos de naturaleza colectiva.

También las obligaciones positivas entran en tensión con las capacidades estatales de los Estados americanos. El SIDH gradualmente ha ido sumando a los Estados cada vez más deberes de prevención de violaciones y de protección de derechos frente a la acción de actores no estatales en ciertas circunstancias determinadas. Esta ampliación del marco de obligaciones estatales pone en evidencia la brecha entre las expectativas puestas en los Estados por el SIDH y la realidad signada por la debilidad de las instituciones y la ineffectividad de las políticas. Para alcanzar los exigentes estándares del SIDH en materia de obligaciones positivas se requieren instituciones con capacidad de planificación y gestión de políticas y con recursos humanos y financieros adecuados. De allí que comienza a marcarse con mayor nitidez una creciente brecha entre el discurso normativo y las capacidades reales de satisfacción de las obligaciones impuestas.

Las obligaciones positivas se han fijado también en el SIDH en relación con el *ejercicio del derecho a la participación* de los pueblos indígenas. Entre otras cuestiones la posibilidad de ejercer su derecho a la consulta previa, libre e informada, respecto a las políticas que pudieran afectar sus territorios comunales, como explotaciones económicas y de recursos naturales, y a dialogar con las instancias del Estado y otros actores sociales ha través de sus propias representaciones políticas (AYLWIN,

2004). En este tema se observa la directa vinculación entre el ejercicio de derechos culturales y sociales con derechos civiles y políticos, pues la base de la argumentación es el vínculo especial que tienen los pueblos indígenas con sus territorios y recursos lo que pone en juego no sólo intereses económicos, sino la preservación de su identidad cultural, y la existencia misma de una cultura¹⁵. Estos derechos fijados por instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la OIT, también han recibido reconocimiento con base directa en la Convención Americana, a partir de una relectura en clave social del artículo 21 que consagra el derecho de propiedad. En una serie de decisiones la Corte Interamericana ha establecido la obligación de los Estados de disponer mecanismos adecuados para la participación, producción de información de impactos social y ambiental, y consulta dirigida la búsqueda de consentimiento de los pueblos indígenas, en aquellas decisiones que pueden afectar el uso de sus recursos naturales o alterar sus territorios. En este sentido, se trata del reconocimiento de facultades de participación diferenciada en decisiones de políticas públicas del Estado nacional, pero que al mismo tiempo definen más que un derecho procedimental, y alcanzan el reconocimiento de un “derecho especial del grupo” a preservar un ámbito de autogobierno o de autonomía en esas cuestiones (CORTE IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, 2001, CORTE IDH, Masacre de Plan Sanchez vs. Guatemala, 2004, Comunidad Moiwana vs. Surinam, 2005a, CORTE IDH, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005b, CORTE IDH, Pueblo Saramaka vs. Suriname, 2007). Si bien la jurisprudencia del SIDH ha establecido que se no se trata de un poder de veto a favor de los pueblos indígenas, se trata sin duda de uno de los campos más conflictivos dentro de los temas que aborda en la actualidad el SIDH, pues aquí se observa con mayor nitidez la tensión entre el reconocimiento de un derecho diferenciado a favor de un colectivo, y el interés público involucrado en ciertas estrategias de desarrollo económico de los gobiernos nacionales.

En una decisión reciente la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para garantizar que los pueblos y *comunidades indígenas puedan participar*, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a sus poblaciones en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones políticas y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización. La Corte en la sentencia dictada en el caso *Yatama* (CORTE IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, 2005c)¹⁶, consideró que la legislación nicaragüense sobre monopolio de partidos políticos, y las decisiones de los órganos electorales del Estado, habían limitado irrazonablemente la posibilidad de participación en un proceso electoral de una organización política representativa de las comunidades indígenas de la costa atlántica del país. Este caso, también en nuestra opinión expresa la afirmación del principio de igualdad estructural, pues la Corte IDH obliga al Estado a flexibilizar la aplicación de las normas electorales de alcance general para adecuarlas a las formas de organización política que expresan la identidad cultural de un grupo. En definitiva, lo que la Corte reconoce es un “derecho especial o diferenciado a favor de un grupo”

(KYMLICKA, 1996, 1999) que fija ciertas “protecciones externas” al grupo minoritario, que se consideran indispensables para la preservación de su autonomía, pero también su participación en las estructuras del propio Estado nacional.

También se han fijado en el SIDH fuertes obligaciones positivas en relación con el derecho de acceso a la justicia que resultan en otra proyección en este campo de la referida noción de igualdad sustantiva. El SIDH ha fijado estándares bastante precisos sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para demandar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación del Estado no es sólo negativa, de no impedir el acceso a esos recursos, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos, y en especial aquellos que se encuentran en situación de pobreza o exclusión, puedan acceder a esos recursos, para lo cual deberá remover los obstáculos sociales o económicos que obstaculizan o limitan la posibilidad de acceso a la justicia, pero además el Estado deberá *organizar un servicio público de asistencia jurídica gratuita*, y mecanismos para aliviar el costo de los procesos y hacerlos asequibles, por ejemplo estableciendo sistemas para eximir gastos¹⁷. Las políticas que apuntan a garantizar servicios jurídicos a personas carentes de recursos, actúan como mecanismos para compensar situaciones de desigualdad material que afectan la defensa eficaz de los propios intereses y por ello, son políticas judiciales que se emparentan con las políticas sociales. El SIDH ha fijado la existencia de un deber estatal de organizar estos servicios para compensar situaciones de desigualdad real, y garantizar igualdad de armas en un proceso judicial. Ha determinado además algunas obligaciones concretas de debido proceso que se aplican en relación con los procedimientos judiciales de índole social, como los juicios laborales y previsionales y las acciones de amparo y desalojo. Recientemente ha fijado algunos indicadores para evaluar el cumplimiento de estas obligaciones por los Estados (CIDH, 2007a)¹⁸.

Esta base de obligaciones positivas impuestas a los Estados, vinculada al reconocimiento de un escenario de desigualdad que caracteriza la realidad americana, sirve en ocasiones como marco para el examen de las políticas públicas en los Informes temáticos y de país, como fuera mencionado arriba, y es una herramienta central para el trabajo promocional de los órganos del SIDH.

6 La efectividad de las decisiones. La articulación con los sistemas de justicia locales

La autoridad de las decisiones y de la jurisprudencia de los órganos del Sistema depende en parte de la legitimidad social alcanzada y de la existencia de una comunidad de actores interesados que acompaña y difunde sus estándares y decisiones. No se trata incidir a través de una fuerza coactiva, de la que carece, sino de una fuerza persuasiva que debe construir y preservar.

Así, en los países en los cuales el derecho internacional de los derechos humanos hace parte cotidiana del discurso jurídico y los argumentos planteados en las Cortes, se dan algunos factores que nos parece apropiado resaltar. Por un lado el SIDH ha ganado legitimidad por estar vinculado a momentos relevantes de los procesos políticos del país, en especial la resistencia a las dictaduras y la reconstrucción del

orden constitucional y democrático. Por otro lado, y en parte a raíz de esto, existe una comunidad de actores sociales, políticos y sectores académicos, que se consideran protagonistas de la evolución del propio SIDH, y participan activamente del proceso de implementación nacional de sus decisiones y principios.

Muchos países de América Latina aprobaron tratados de derechos humanos y se incorporaron al SIDH en la etapa de las transiciones a la democracia, como una suerte de antídoto para aventar el riesgo de regresiones autoritarias, atando a sus sistemas políticos y legales al “mástil” de la protección internacional¹⁹. Abrir los asuntos de derechos humanos al escrutinio internacional fue una decisión funcional a los procesos de consolidación de la institucionalidad durante las transiciones, pues contribuyó a ampliar las garantías de los derechos fundamentales en un sistema político acotado por actores militares con poderes de veto, y presiones autoritarias aún poderosas²⁰.

En la Argentina, por ejemplo, la aprobación de los tratados de derechos humanos se produce en 1984 en el inicio de la transición democrática. La incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en 1994 fue un paso importante en ese proceso. Pero también lo fue el rol jugado por la Comisión en su visita al país en plena dictadura militar en 1979, y su informe, que contribuyó a fortalecer a las organizaciones de víctimas y a desgastar al gobierno ante la comunidad internacional. En Perú, ha sido central la legitimidad ganada por la Comisión y la Corte en sus planteos de violaciones de derechos humanos durante el gobierno de Fujimori. La visita de la CIDH al Perú en 1992, y luego en 1999 y su informe sobre “democracia y derechos humanos”, junto con las sentencias paradigmáticas de la Corte sobre legislación antiterrorista, libertad de expresión y tribunales militares, contribuyeron a documentar y exponer la gravedad de las violaciones cometidas durante ese período. El regreso pleno de Perú al SIDH en 2001 y la aceptación de responsabilidad internacional por los crímenes atroces del régimen de Fujimori, fue una política medular del gobierno de transición. Ello seguramente ha contribuido a conformar un sector de organizaciones sociales, de académicos, así como un núcleo de jueces y operadores jurídicos, familiarizados con el sistema.

Si bien en la última década se ha avanzado sustancialmente en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno de los Estados y en varios países de la región la jurisprudencia de la Corte se considera como una guía, e incluso como una “guía ineludible” para la interpretación de la Convención Americana por los jueces locales²¹, no se trata de un proceso lineal y existen voces disidentes.

Recientes decisiones de los tribunales superiores en República Dominicana y en Venezuela relativizan la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH y procuran resguardar para las Cortes nacionales una facultad de revisión previa (test de legalidad), acerca de la compatibilidad de la decisión del órgano internacional con el orden constitucional del país. Se trata de un debate abierto en los sistemas de justicia del continente, en el cual las posiciones refractarias a la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos tienen todavía un peso considerable, y con variaciones plantean argumentos que apuntan al resguardo de mayores espacios de autonomía nacional.

El examen jurídico de estas sentencias excede las pretensiones de este artículo. Sin embargo advertimos que con frecuencia, ciertas posiciones que critican la

creciente limitación de la autonomía política de los Estados nacionales en materia de derechos humanos, suelen partir de una visión simple o esquemática del proceso de creación de normas internacionales, y de su aplicación doméstica. Por un lado restan importancia a la participación de actores sociales o institucionales locales en la creación de normas y estándares internacionales de derechos humanos. Por otro lado consideran la aplicación doméstica como si fuera una imposición externa al sistema político y jurídico nacional, sin considerar que esa incorporación sólo es posible por la activa participación de actores sociales, políticos y judiciales relevantes, así como por la construcción gradual de consensos en los diversos ámbitos institucionales. De allí que suelen marcarse líneas divisorias nítidas entre la esfera internacional y la doméstica, cuando la dinámica de actuación de los mecanismos internacionales, evidencia que esa frontera es mucho más borrosa, y que existe una constante articulación y relación entre la esfera local e internacional, tanto en la creación como en la interpretación y aplicación de normas de derechos humanos. Así, actores sociales y políticos locales relevantes suelen participar de los procesos de creación de normas en la esfera internacional, tanto de la aprobación y ratificación de tratados como en las decisiones de los órganos internacionales que definen su contenido por vía de interpretación y su aplicación en casos o situaciones particulares. Al mismo tiempo, esas normas internacionales se incorporan al ámbito nacional por la acción de los Congresos, los gobiernos y los sistemas de justicia, y también con la activa participación de organizaciones sociales que promueven, demandan y coordinan esa aplicación nacional con las diversas instancias del Estado. La aplicación de normas internacionales en el ámbito nacional no es un acto mecánico, sino un proceso que involucra también diferentes tipos de participación y deliberación democrática e incluso un amplio margen para la relectura o reinterpretación de los principios y normas internacionales en función de cada contexto nacional²².

En relación con el SIDH, como vimos en los puntos 2 y 3 de este artículo, en la actualidad, a diferencia del período de las dictaduras, su intervención en ciertos asuntos domésticos puede obedecer a relaciones de coordinación o articulación con diversos actores locales, públicos y sociales, que participan tanto de la formulación de las demandas ante la instancia internacional, como en los procesos de implementación de sus decisiones particulares o de sus estándares generales en el ámbito interno²³. De allí que siempre resultara difícil conceptualizar su intervención como una simple limitación del margen de autonomía de los procesos políticos nacionales. El juego de la intervención internacional en este escenario es variado y complejo, pero por lo general cuenta con el apoyo de actores locales fuertes que activan la respuesta internacional, y potencian luego sus efectos domésticos. En ocasiones por ejemplo el SIDH se apoya en la sociedad civil para fiscalizar al gobierno a la manera clásica²⁴; pero también puede actuar de manera coordinada con los gobiernos federales para lograr la implementación de medidas o políticas a nivel de los estados locales o provincias²⁵; en ocasiones se apoya en decisiones o precedentes de los tribunales para tener pautas de seguimiento de acciones del Congreso o del gobierno²⁶; o los gobiernos o los Congresos piden su intervención para contribuir a alcanzar consensos con otros poderes como la judicatura²⁷ o acompañar la implementación de medidas resistidas por actores sociales o políticos locales²⁸. Usualmente los tribunales locales se apoyan

en decisiones del SIDH para controlar las políticas de los gobiernos o del Congreso²⁹. Vimos también como en ciertos casos y en especial en procesos de negociación o de “solución amistosa”, el juego de alianzas es aún más complejo, incluso agencias públicas son usuarias del SIDH, a veces en alianza con organizaciones sociales, procurando activar el escrutinio internacional sobre determinadas cuestiones. Con esta breve reseña no pretendemos negar la importancia de preservar la autonomía política de los Estados para decidir sobre determinadas materias, sino simplemente relativizar ciertas interpretaciones esquemáticas acerca de cómo funciona en la realidad un sistema de justicia internacional y como se relaciona con los procesos políticos nacionales.

Un factor importante para la consolidación de una mayor apertura de los sistemas de justicia nacionales a la aplicación del derecho internacional es la conformación de una fuerte comunidad académica, que discuta críticamente las decisiones del sistema y aporte insumos para el tratamiento de la jurisprudencia por los jueces y operadores jurídicos. Esta comunidad académica local y regional no sólo es indispensable para asegurar la aplicación de los estándares interamericanos a nivel doméstico, sino también para obligar a rendir cuentas a los propios órganos del SIDH y presionar por una mejora en la calidad, la consistencia y el rigor técnico de sus decisiones. Si bien existen claros avances en los últimos tiempos, aún no es posible afirmar que esa comunidad exista a nivel regional. Las decisiones de la Corte y de la Comisión son poco comentadas, muy poco criticadas y en varios países escasamente conocidas. Los tímidos debates originados en los últimos tiempos han obligado a replantear al menos a nivel teórico algunas premisas. Sólo como ejemplo es interesante plantear los cuestionamientos que desde la dogmática penal tradicional se han formulado al alcance de los deberes de persecución penal de graves violaciones de derechos humanos establecidos en la jurisprudencia del SIDH y sus consecuencias sobre algunas garantías de los imputados, como el principio de cosa juzgada y *ne bis in idem* (MARGARELL; FILIPPINI, 2006), así como las discusiones que un sector de la doctrina constitucional formula al valor de autoridad de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos, y cuestionan el déficit democrático de estos órganos internacionales o su falta de conocimiento de los procesos que se dan al interior de las comunidades políticas nacionales (GARGARELLA, 2008)³⁰.

Es verdad que el nivel de cumplimiento de las decisiones particulares en el SIDH es importante en relación con las medidas reparatorias. También respecto medidas de reformas legislativas que fueron ya mencionadas. En ambos casos, algunos estudios preliminares sugieren que el nivel de cumplimiento más alto se da en el marco de los procesos de solución amistosa, donde el Estado de manera autónoma se fija compromisos de esta índole.

Sin embargo, los principales problemas de incumplimiento tanto de las recomendaciones de la CIDH cuanto de las sentencias de la Corte IDH, están en las medidas de investigación penal de crímenes de estado, en particular cuando los procesos internos se han cerrado y su reapertura puede afectar las garantías de los acusados. En algunos países se observa un grave deterioro de las instancias judiciales con niveles de impunidad generalizados, esto es, que no se limitan a los casos de violaciones a los derechos humanos. Hemos visto como el SIDH ha utilizado el

examen de patrones estructurales de impunidad para invalidar decisiones judiciales que intentan clausurar la investigación de este tipo de crímenes, por lo general para beneficiar a grupos con poder y en perjuicio de ciertos sectores de víctimas³¹.

No se ha avanzado de manera significativa en mecanismos internos de implementación de decisiones de los órganos del SIDH³². Esto en particular resulta un obstáculo cuando se trata de la imposición de obligaciones positivas. El trámite de un caso internacional y el cumplimiento de las medidas de reparación fijadas, requieren un alto nivel de coordinación entre diferentes agencias de gobierno que no suele alcanzarse. Esto dificulta sensiblemente el trámite del caso, el trabajo de los órganos del SIDH y el cumplimiento de las decisiones. La coordinación al interior del mismo gobierno es compleja, pero más lo es la coordinación del gobierno con el Parlamento o la Justicia, cuando las medidas involucradas en un caso requieren reformas legales o la activación de procesos judiciales. El tema es aún más grave cuando se trata de coordinar agencias del Estado nacional con Estados provinciales en sistemas federales.

La Comisión y la Corte realizan un informe a la Asamblea de la OEA sobre los incumplimientos pero el tiempo que tienen para plantear y activar los mecanismos de garantía colectiva de los Estados es mínimo. Tampoco existe un debate serio en el ámbito del sistema sobre como mejorar los mecanismos de cumplimiento de índole política y alcanzar un mayor compromiso de los diversos órganos de la OEA.

El mecanismo más efectivo hasta ahora para lograr resultados en el cumplimiento es la creación de instancias de supervisión internacional como las audiencias de seguimiento ante la Comisión o la Corte. Muchas organizaciones que representan víctimas prefieren estos mecanismos de supervisión internacional a los sistemas de ejecución internos, pues entienden que volver al ámbito nacional implica devolver a las víctimas a una situación de desequilibrio de poder con el Estado que sólo la participación del órgano internacional puede evitar (ABREGÚ; ESPINOZA, 2006).

Otro punto a considerar cuando se examinan los obstáculos a la efectividad del sistema, es el *tipo de remedios* que se disponen como medidas de reparación en los casos contenciosos, o en el marco de las medidas cautelares o provisionales. Muchas veces los remedios fijados en los casos obedecen a las sugerencias de los peticionarios y representantes de las víctimas y no existe una línea jurisprudencial consistente sobre esto. Otro problema es que el sistema sigue pensando y diseñando remedios bajo el modelo elaborado en el tiempo de las transiciones, poniendo más énfasis en la investigación y determinación de responsables de las violaciones, y menos en la modificación de los problemas estructurales que esas violaciones evidencian. Este sistema de remedios clásicos no encajan plenamente con el tipo de conflictos propios de la nueva agenda a la que hacíamos referencia. Sobre todo cuando el SIDH no se limita a juzgar hechos ocurridos en el pasado, sino que procura prevenir la consumación de daños, o el agravamiento de situaciones en curso, o pretende incidir en la reversión de patrones sistemáticos o superar deficiencias institucionales. Ello ha quedado expuesto en mi opinión con mayor claridad en el marco de las medidas provisionales de la Corte en materia carcelaria. Estos asuntos en los que se plantea la existencia de condiciones inhumanas de detención, y prácticas estructurales de violencia toleradas por autoridades estatales y federales, funcionan como una suerte de “habeas corpus” colectivo internacional. En ellos se ha desarrollado un interesante

debate sobre el tipo de remedios y los mecanismos de supervisión internacionales y locales. La Corte, a instancia de los peticionarios y de la Comisión, han ido modificando gradualmente el tipo de remedios impuestos al Estado federal y por su intermedio a los Estados provinciales, pero aún no se ha conseguido un cumplimiento adecuado de las órdenes establecidas. La lógica de los remedios fijados se asemeja a los remedios del litigio de reforma estructural en los tribunales nacionales. En este tipo de casos se procura equilibrar numerosos intereses contrapuestos y dar al gobierno un margen para definir medidas, presentando planes de acción de mediano y largo plazo. Se busca además resguardar el acceso a la información, y la participación de las víctimas y sus representantes en los procesos que definen esas políticas (SABEL; SIMON, 2004, GAURI; BRINKS, 2008, ABRAMOVICH, 2009). Una discusión abierta es si este tipo de medidas de supervisión internacional pueden ser efectivas, sin que se involucre activamente al propio sistema de justicia doméstico, y a órganos públicos nacionales que estén en condiciones de realizar una evaluación y fiscalización de la situación carcelaria permanente en el terreno³³.

La persistencia de bajos niveles de efectividad de este tipo de remedios estructurales puede conducir a un replanteo de todo el SIDH, y traer costos en término de legitimidad de la Corte. Lo cierto es que el SIDH ingresó en una etapa de desarrollo de un modelo de litigio estructural de protección de grupos o colectivos, sin haber afinado y discutido con profundidad los límites o potencialidades de sus reglas procesales³⁴, su sistema de remedios, y sus mecanismos de seguimiento y supervisión de decisiones.

El debate sobre la efectividad de la supervisión internacional, esta relacionado directamente a una cuestión vital para la calidad de los procesos democráticos, que es la pobre actuación de los sistemas de justicia locales.

En el gráfico al lado, se observa un análisis temático del total de peticiones recibidas en la CIDH en 2008, y surge claramente el lugar central que ocupan los problemas relacionados con el funcionamiento de los sistemas judiciales nacionales, alrededor del 62% de las denuncias contienen esta temática. Dentro de la cuestión justicia, un 23% denuncia violaciones de debido proceso en el ámbito penal, 15% en materia laboral, 9% en procesos administrativos.

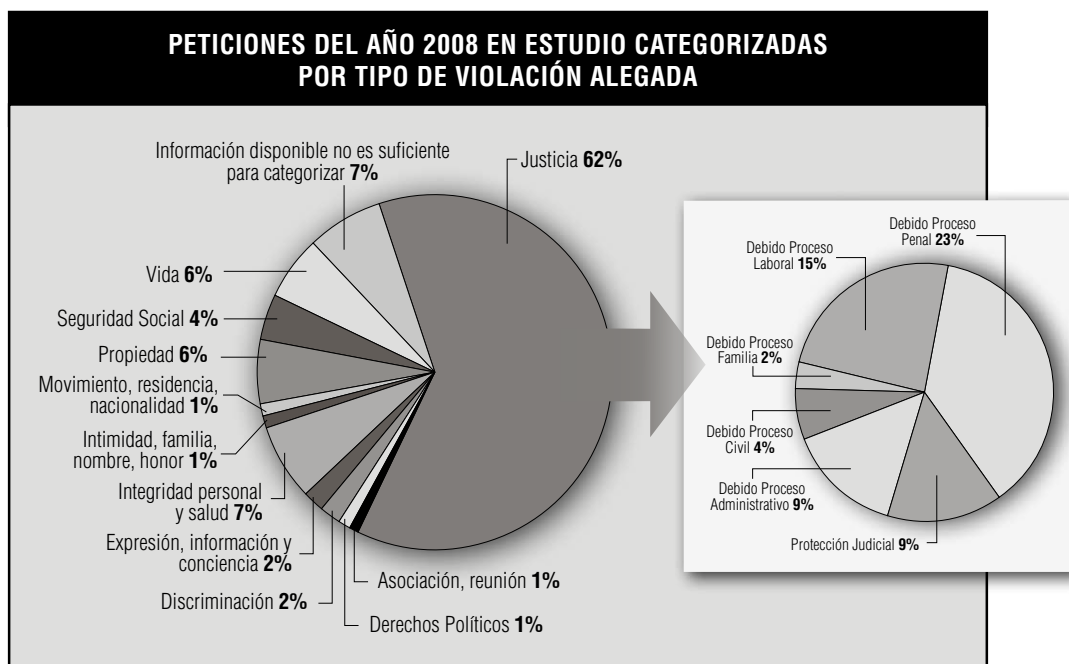
Es indudable que una estrategia central para mejorar la efectividad del SIDH es trabajar en mejorar la respuesta de los sistemas de administración de justicia nacionales. El SIDH ha dado pasos importantes en este camino al fijar algunos principios claros acerca de qué debe entenderse por tribunales independientes o imparciales, plazo razonable de los procesos, uso excepcional de la prisión preventiva, el alcance de la cosa juzgada, la revisión judicial de decisiones administrativas, entre otros temas. Una mejor sistematización de esta jurisprudencia podría servir como marco orientador de las políticas de reforma judicial en la región, mejorando la tutela de los derechos en los sistemas judiciales locales. El seguimiento de los sistemas judiciales nacionales ocupa un espacio prioritario de la agenda de supervisión política de la CIDH, lo que puede concluirse a partir de la temática de sus recientes informes y documentos.

El desarrollo de obligaciones positivas en el campo de los derechos humanos, así como de derechos que pueden presentar una dimensión colectiva, exige al mismo tiempo determinar con mayor precisión qué debe entenderse por recursos

idóneos y efectivos para protegerlos. Un sistema adecuado y accesible de acciones colectivas, como amparos colectivos, “*mandatos de segurança*”, acciones de clase, y de mecanismos de protección cautelar urgente, puede promover un litigio local de interés público que permita dirimir en los tribunales nacionales muchos conflictos que hoy se dirimen en el escenario internacional. La promoción de vías judiciales para el litigio local de interés público, en asuntos de derechos humanos, es por lo tanto también estratégica para el SIDH.

7 Conclusión

Es indudable que el SIDH cuenta con importante legitimidad, originada en su labor de desestabilización de las dictaduras, y luego en su rol inverso, definido como el acompañamiento de los procesos de transición a la democracia. En este artículo planteamos que en el actual escenario político de América Latina, el valor estratégico del SIDH consiste en su contribución al fortalecimiento de las instituciones democráticas, en especial la justicia, y a los esfuerzos nacionales para superar los actuales niveles de exclusión y desigualdad. Para ello, además de la solidez de su jurisprudencia y el desarrollo de su sistema de peticiones individuales, el SIDH debe considerar su rol político, poniendo la mira en los patrones estructurales que afectan el ejercicio efectivo de derechos por los sectores subordinados de la población. Para lograrlo deberá resguardar su función subsidiaria de los sistemas de protección nacionales, y procurar que sus principios y estándares se incorporen no sólo en la doctrina de los tribunales, sino en la orientación general de las leyes y las políticas de gobierno.



Fuente: elaboración propia en base a datos suministrados por la CIDH

REFERENCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor. 2009. El Rol de la Justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. In: _____.; PAUTASSI, L. (Org). **La Revisión Judicial de las Políticas Sociales. Estudio de casos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 1-91.
- _____. BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. 2006. **La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el Ambito local. La Experiencia de una Década**. Buenos Aires: CELS, Editores del Puerto.
- ABREGU, M.; ESPINOZA, O. 2006. La Eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Aplicación de sus Decisiones por los Estados Parte. In: ABRAMOVICH, V.; BOVINO, A.; COURTIS, C. **La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el Ambito local. La Experiencia de una Década**. Buenos Aires: CELS, Editores del Puerto, p. 191-216.
- ARIAS, O.; YAMADA, G.; TEJERINA, L. 2004. Ingresos y color en Brasil: una historia compleja. In: BUVINIC, M.; MAZZA, J.; PUNGILUPPI, J.; DEUTSCH, R. **Inclusión Social y desarrollo económicos en América Latina**. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, p. 215-236.
- ANAYA, J. S. 2005. **Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional**. Madrid: Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía.
- AYLWIN, José. 2004. Derechos Humanos y derechos indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos. In: ZALAQUETT, José. **Temas de Derechos Humanos en Debate**. Lima: IDL, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 153-222.
- BOHMER, Martin. 2007. "Prestamos y Adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional". Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/MartinBohmer__Spanish_.pdf. Visitado en: Nov. 2009.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS). 2007. **La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el Ámbito local. La Experiencia de una Década**. Buenos Aires: CELS, Editores del Puerto.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 2003. **Justicia e Inclusión Social. Los Desafíos de la democracia en Guatemala**. OEA/Ser.L/V/II.118. Doc. 5 rev. 1. 29 Dic.
- _____. 2006a. **Informe sobre la Situación de los Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas**. OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev.1, 7 marzo.
- _____. 2006b. **Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación derivadas del Conflicto Armado en Colombia**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 octubre.
- _____. 2007a. **El Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, p. 33-51, 20 de enero.
- _____. 2007b. Capítulo IV: Desarrollo de los Derechos Humanos en la Región -

- Colombia. In: _____. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006**. OEA/Ser.L/V/II.127. Doc. 4 rev. 1. 3 Mar.
- _____. 2007c. **El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 Sept.
- _____. 2007d. **Acceso a la Justicia e Inclusión Social. El Camino hacia el Fortalecimiento de la Democracia en Bolivia**. 28 de junio. Washington: CIDH. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/Bolivia07indice.sp.htm>. Visitado en: Nov. 2009.
- _____. 2007e. Capítulo IV: Desarrollo de los Derechos Humanos en la Región - Colombia. In: _____. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007**. OEA/Ser.L/V/II.130. Doc. 22 rev. 1. 29 Dic.
- _____. 2008a. CIDH expresa preocupación por extradición de paramilitares. **Comunicado de Prensa 21/08**. Washington D.C., EEUU, 14 Mayo.
- _____. 2008b. CIDH culmina su visita a Bolivia. **Comunicado de Prensa 26/08**. La Paz, Bolivia, 13 Jun.
- _____. 2008c. **Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14 rev. 1, 19 Jul.
- _____. 2008d. **Informe sobre la visita al terreno en relación con las medidas provisionales ordenadas a favor de los miembros de las comunidades constitutitas por el Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó, Municipio del Carmen del Darién, Departamento del Chocó, República de Colombia**. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/MPColombia2.20.09.sp.htm>. Visitado en: Nov. 2009.
- _____. 2009a. **El Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y Discriminación en Haití**. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 64, 10 Mar.
- _____. 2009b. **Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: La Igualdad en la Familia, el Trabajo y la Política**. OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 63, 27 Mar.
- ELSTER John. 1979. **Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad**. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- FARER, Tom. 1998. The Future of the Inter-American Comisión on Human Rights: Promotion versus Exposure. In: MENDEZ, Juan; COX, Francisco (Ed.). **El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. San José: IDH, p. 515-536.
- FERRAJOLI L. 1999. Igualdad y Diferencia. In: _____. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, p. 73-96.
- FILIPPINI, Leonardo. 2007. El Derecho Internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, v. 8, n. 1, Sept., p. 191-213.

- FISS, O. 1999. Grupos y la Cláusula de Igual protección. In: GARGARELLA, R. (Org.). **Derecho y grupos desaventajados**. Gedisa Editorial: Barcelona, p. 137-167.
- FRY, Peter. 2002. Color e imperio de la ley en Brasil. In: MENDEZ, J.; ODONELL, G.; PINHEIRO, P. S. (Org.). **La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina**. Buenos Aires, Barcelona, Mexico: Paidós, p. 191-212.
- GARCIA AÑÓN, J. G. 1997. Current Problems of Legal Dogmatics in European Regulation: The principle of Equality and the Policies of Affirmative Action. In: BARRERE UNZUETA, M. **Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Acción Positiva a favor de las mujeres**. Madrid: Civitas.
- GARGARELLA, R. 2008. Justicia Penal Internacional y Violaciones Masivas de Derechos Humanos. In: _____. **De la Injusticia Penal a la Justicia Social**. Bogota: Universidad de Los Andes, Siglo del Hombre Editores.
- GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. 2008. A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World. In: _____. (Ed.). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. New York: Cambridge University Press.
- KAHN, Paul W. 2002. El Derecho Internacional y la Comunidad. In: **Estado de Derecho y Democracia. Un debate sobre el rule of law**. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- KOH, Harold H. 1996. Transnational Legal Process. **Nebraska Law Review**, v. 75, p. 181.
- _____. 1997. Why do Nations Obey International Law?. **Yale Law Journal**, v. 106, p. 2599.
- _____. 2004. International Law as Part of Our Law. **American Journal of International Law**. v. 98, n. 1, p. 43.
- KRSTICEVIC, Viviana. 2007. Reflexiones sobre la Ejecución de las Decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. In: TOJO, L.; KRSTICEVIC, V (Ed.). **Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, Normativa y Experiencias Nacionales**. Buenos Aires: CEJIL, p. 15-112.
- KYMLICKA, W. 1996. **Ciudadanía Multicultural**. Barcelona: Paidós.
- _____. 1999. Nacionalismo Minoritario dentro de las Democracias Liberales. In: GARCIA, S.; LUKES, S. **Ciudadanía: Justicia Social, Identidad y Participación**. Madrid: Siglo XXI Editores.
- MACDOWELL SANTOS, Cecilia. 2007. El Activismo Legal Transnacional y el Estado: Reflexiones sobre los casos contra Brasil en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos**, v. 4, n. 7.
- MARGARELL, L.; FILIPPINI, L. (Ed.). 2006. **El Legado de la Verdad. La Justicia Penal en la Transición Peruana**. Lima: International Center for Transitional Justice (ICTJ), Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP).
- MENDEZ, Juan E.; MARIEZCURRENA, Javier. 2000. “Human Rights in Latin America and The Caribbean: A Regional Perspective”. Disponible en: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2000/papers/mendez2000.pdf>. Visitado en: Nov. 2009.

- MORAVCSIK, A. 2000. The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe. *International Organization*, v. 54, n. 2, p. 217-249, Primavera.
- NELSON Paul; DORSEY, Ellen. 2006. New Rights Advocacy in a Global Public Domain. *European Journal of International Relations*, Junio.
- PINHEIRO, Paulo Sergio. 2002. La Efectividad de la ley y los Desfavorecidos en América Latina. In: _____.; MENDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo A.; **La (In) efectividad de la Ley y la Exclusión Social en América Latina**. Buenos Aires: Paidós, p. 15-31.
- SIKKINK, Kathryn; RISSE, Thomas. 1999. The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction. In: _____.; _____.; ROPP, Stephen C. **The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 1-39.
- ROSENKRANTZ, Carlos F. 2005. En contra de los “Préstamos” y otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, v. 6, n. 1, p. 71-95, Octubre.
- _____. 2007. Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo). *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, v. 8, n. 1, p. 191, Septiembre.
- SABA, Roberto Pablo. 2004. (Des)igualdad estructural. In: AMAYA, Jorge (Ed.). **Visiones de la Constitución 1853-2004**. Buenos Aires: UCES, p. 479-514.
- SABEL, C.; SIMON, W. 2004. **Desestabilization rights: how public law litigation succeeds**. Harvard Law Review, v. 117, n. 4, p. 1016.
- SEMINARIO EN LATINOAMÉRICA DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA (SELA). 2001. **Estado de derecho y democracia: Un debate acerca del rule of law (SELA 2000)**. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- SIKKINK, K. 2003. La dimensión Transnacional de los Movimientos Sociales. In: JELIN, E. (Org.). **Más allá de la Nación: Las Escalas Múltiples de los Movimientos Sociales**. Buenos Aires: Libros del Zorzal, p. 301-335.
- TAYLOR, Charles. 1992. **El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento**. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- TISCORNIA, Sofía. 2008. **Activismo de los Derechos Humanos y Burocracias Estatales. El caso Walter Bulacio**. Buenos Aires: CELS, Editores del Puerto.
- YOUNG, I. M. 1996. Vida Política y Diferencia de Grupo. In: **Perspectivas Feministas en Teoría Política**. Madrid: Editorial Paidós, p. 120.
- JURISPRUDENCIA**
- ARGENTINA. 2005. Corte Suprema de Argentina. **Simón, Julio Héctor y otros**. 14 Jun.
- _____. 2006. Corte Suprema de Argentina. **Lavado, Diego Jorge y otros vs. Provincia de Mendoza sobre acción declarativa de certeza**. 6 de Sept.
- CHILE. 2007. Corte Suprema de Chile. Segunda Sala. **Hechos acaecidos en el regimiento Cerro Chena**. 13 Mar.

COLOMBIA. 2004. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025. 22 Ene. [Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa].

_____. 2008. Corte Constitucional de Colombia. Auto 092. 14 Abr. [Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa]

_____. 2009. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Concepto desfavorable a la extradición de Edgar Medina Flores, 19 Jul.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 2001a. **Maria Da Penha Maia Fernández vs. Brasil**. Caso 12.051, Informe 54/01, 16 Abr.

_____. 2001b. **María Merciadri de Moroni vs. Argentina**. Caso 11.307, Informe 103/01, 11 Oct.

_____. 2002. **Simone André Diniz vs. Brasil**. Informe 37/02, 9 Oct.

_____. 2006. **Jorge Castañeda Gutman vs. México**. Informe de Fondo y Admisibilidad 113/06, par. 173-174, 26 Oct..

_____. 2007a. **Nicaragua vs. Costa Rica**. Caso Interestatal 01/06, Informe 11/2007, 8 Mar.

_____. 2007b **Renato Ticona Estrada y otros vs. República de Bolivia**. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.527, 8 Ago.

_____. 2007c. **Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez vs. México**. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos 12.496, 12.497 y 12.498, 4 Sept.

_____. 2007d. **Luis de Jesús Maldonado Manzanilla vs. México**. Informe 87/2007, 17 Oct..

_____. 2008a. **Dudley Stokes vs. Jamaica**. Caso 12.468, Informe de Fondo 23/08, 14 Mar.

_____. 2008b. **Rosendo Radilla Pacheco vs. México**. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.511, 15 Mar.

_____. 2008c. **Jorge Castañeda Gutman vs. México**.. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos 12.535, 6 Ago.

_____. 2009a. **Sebastião Camargo Filho vs. Brasil**. Caso 12.310, Informe de Fondo y Admisibilidad 25/09, 19 Mar..

_____. 2009b. **Wallace de Almeida vs. Brasil**. Caso 12.440, Informe 26/09, 20 Mar.

_____. 2009c. **Julio Gomez Lund y otros (Guerrilla do Araguaia) vs. Brasil**. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 11.552, 26 Mar..

_____. 2009d. **Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú**. Caso 12.670, Informe de Fondo y Admisibilidad 38/09, 27 Mar.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). 1986. **La Expresión Leyes en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Opinión Consultiva OC-6/86, 9 May.

- _____. 1987a. **El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías** (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 **Convención Americana sobre Derechos Humanos**). Opinión Consultiva OC-8/87, 30 Ene.
- _____. 1987b. **Garantías Judiciales en Estados de Emergencia** (arts. 27.2, 25 y 8 **Convención Americana sobre Derechos Humanos**). Opinión Consultiva OC-9/87, 6 Oct.
- _____. 1990. **Excepciones al agotamiento de los recursos internos** (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b CA). Opinión Consultiva OC-11/90, 10 Ago.
- _____. 2001. **La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**. Serie C No. 79, 31 Ago.
- _____. 2005a. **Comunidad Moiwana vs. Surinam**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 124, 15 Jun.
- _____. 2005b. **Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay**. Fondo Reparaciones y Costas. Serie C No. 125, 17 de Jun.
- _____. 2005c. **Yatama vs. Nicaragua**. 23 Jun.
- _____. 2005d. **Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana**. 8 Sept.
- _____. 2004a. **Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala**. Fondo. Serie C No. 105, 29 Abr.
- _____. 2004b. **Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 117, 22 Nov.
- _____. 2006a. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 146, 29 Mar.
- _____. 2006b. **Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Serie C No. 154, 26 Sept.
- _____. 2007. **Pueblo de Saramaka vs. Suriname**. Serie C No. 172, 28 Nov.
- _____. 2008. **Jorge Castañeda Gutman vs. México**. Serie C No. 184, par. 172, 6 Ago.
- _____. 2009a. **Asunto del Pueblo Indígena Kankuamo**. Medidas Provisionales respecto de la República de Colombia, 3 Abr.
- _____. 2009b. **Las Masacres de Mapiripan vs. Colombia**. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 7 Jul. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ituango_07_07_09.pdf. Visitado en: Nov. 2009.
- _____. 2009c. **Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó**. Medidas Provisionales respecto de la República de Colombia, 17 Nov.
- PERÚ. 2005. Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia. **Barrios Altos vs. Perú [Caso “Santiago Martín Rivas”]**. 29 Nov.

NOTAS

1. La Corte IDH invalidó la autoamnistía chilena en (CORTE IDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006b). Sin citar este precedente, pueden encontrarse argumentos de derecho internacional humanitario y de derechos internacional de humanos en los fundamentos de las decisiones de la Corte Suprema chilena que invalidaron constitucionalmente esa norma (CHILE, Hechos acaecidos en el regimiento Cerro Chena, 2007).

2. En estas opiniones la Corte IDH desarrolla una doctrina básica sobre la relación entre derechos humanos, garantías procesales, estado de derecho y sistemas democráticos, con órganos de representación de la voluntad popular.

3. Ver la doctrina expuesta por la CIDH en sus informes de inadmisibilidad más recientes, incluso para inhibirse de revisar condenas penales alegadas como injustas, ante la imposibilidad de reemplazar a los tribunales nacionales en la valoración de la prueba (CIDH, Luis de Jesús Maldonado Manzanilla vs. México, 2007d). Por supuesto que el límite entre revisión de contenido de las sentencias, o de la evaluación de la prueba del juicio, y el estudio de la vulneración de ciertas garantías procesales fijadas por la Convención, es a veces un límite borroso, y que requiere afinar los estándares técnicos.

4. Ver el debate sobre obligaciones positivas del Estado en materia electoral, y el margen de deferencia para diseñar sistemas electorales y de partidos políticos (CIDH, Jorge Castañeda Gutman vs. México, 2006, 2008c; CORTE IDH, 2008).

5. Ver como ejemplo de informe sobre la situación de derechos humanos en un país que recoge la agenda de exclusión social y la perspectiva de incidencia en políticas públicas: (CIDH, 2003, 2007d).

6. Sobre el valor de los informes temáticos, como herramientas de incidencia de la CIDH en el contexto de democracias deficientes en la región, ver el preciso análisis de (FARER, 1998). Como ejemplo de este tipo de informes temáticos, ver, (CIDH, 2006a). Como modelos de informes temáticos pero aplicados a un contexto nacional, ver (CIDH, 2006b, 2009a, 2009b).

7. Ver (CIDH, Nicaragua vs. Costa Rica, 2007). En junio de 2009, la Procuraduría de Ecuador presentó una petición contra Colombia ante la secretaría ejecutiva de la CIDH alegando violaciones a la Convención Americana, por la muerte del Sr. Franklin Aisalia, como resultado del operativo militar colombiano de marzo de 2008 contra un campamento de las FARC ubicado la localidad ecuatoriana de Angostura.

8. En tal sentido sostuvo la Corte en el caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (CORTE IDH, 2005d): *"La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de*

producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas".

9. Puede consultarse las medidas provisionales de la Corte IDH, en el caso del Pueblo indígena Kankuamo (CORTE IDH, 2009a), y de las comunidades afrocolombianas del Jiguamiandó y el Curbaradó (CORTE IDH, 2009c), entre muchas otras. Ver además para ilustrar el tipo de situaciones colectivas mencionadas en el marco del conflicto armado colombiano (CIDH, 2008d).

10. Sobre las obligaciones positivas de los Estados de garantizar el ejercicio de ciertos derechos civiles, políticos y sociales por los miembros de las comunidad indígenas pueden verse los casos Masacre de Plan Sanchez vs. Guatemala (CORTE IDH, 2004a); caso Comunidad Moiwana vs. Surinam (CORTE IDH, 2005a); y Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (CORTE IDH, 2005b). Recientemente este principio llevó a la Corte a reinterpretar las obligaciones del Estado en materia de derecho a la vida hasta incorporar un deber de garantizar ciertos mínimos vitales de salud, agua, y educación, vinculados con el derecho a la vida digna de una comunidad indígena expulsada de su territorio colectivo, en el caso de Sawhoyamaya vs Paraguay (CORTE IDH, 2006a) y subsiguientes decisiones de supervisión de sentencia.

11. Ver el caso Simone André Diniz contra Brasil (CIDH, 2002) declarado admisible por la CIDH en el que se alega incumplimiento del deber estatal de protección frente a conductas discriminatorias de particulares, basadas en el color o la raza.

12. Sobre la obligación de adoptar políticas y medidas positivas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, puede verse (CIDH, Maria Da Penha Maia Fernández vs. Brasil, 2001a.).

13. Sobre cupos en el sistema electoral argentino, (CIDH, 2001b).

14. Para un análisis de estas nociones de igualdad en la filosofía jurídica y en el derecho constitucional pueden verse a modo de ejemplo (YOUNG, 1996, FERRAJOLI, 1999, GARCIA AÑÓN, 1997, FISS, 1999, GARGARELLA, 2008, SABA, 2004).

15. Sobre los derechos colectivos relativos a la preservación de la supervivencia de una cultura y la neutralidad del Estado liberal, puede ver el clásico ensayo de Charles Taylor (1992) y también Anaya (2005).

16. En este sentencia la Corte comienza a definir el alcance del derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana y considera que comprende además de

la participación en procesos electorales formales también la participación en otros mecanismos de discusión y fiscalización de políticas públicas. También se procura avanzar en la sentencia en mayores precisiones sobre el alcance de la obligación estatal de garantizar este derecho de participación respecto de sectores sociales excluidos o que se encuentran en situación de desventaja en el ejercicio de este derecho. Para ello el tribunal vincula el derecho a la igualdad, entendido como igualdad no sólo formal sino sustantiva, con el derecho de asociación y de participación política. Ver en tal sentido el voto concurrente del juez Diego García Sayan. Para entender mejor el sentido que la propia Corte IDH le da a su decisión en Yatama, se sugiere leer también como lo diferencia de un caso posterior sobre exclusión de candidaturas independientes, considerando especialmente en Yatama la existencia de un grupo subordinado con características de identidad cultural diferenciadas (CORTE IDH, Jorge Castañeda Gutman vs. México, 2008).

17. Inspirándose en el caso *Airey*, la Corte sostuvo que: *"la circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso"*, pág. 28. También se refirió expresamente la Corte a la obligación estatal de garantizar servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos cuando resulte indispensable para garantizar acceso efectivo y igualitario a la justicia en la OC 18/03 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. En este documento sostuvo la Corte: *"Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real"* (CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, 1990).

18. También los indicadores sobre acceso a la justicia y derechos sociales desarrollados en el documento de la CIDH (2008a).

19. John Elster planteó esta metáfora para referirse al acto constituyente en su libro *"Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad"* (1979).

20. Para algunos autores, como Andrew Moravcsik, las democracias recientemente establecidas y potencialmente inestables son las que encuentran mayor justificación a la suscripción de tratados de derechos humanos y a la inserción en sistemas internacionales como mecanismos para la consolidación de la democracia. La renuncia a ciertos niveles de autodeterminación que implica la firma de estos tratados y la aceptación de jurisdicciones internacionales tiene un costo por la limitación de la discrecionalidad gubernamental y del sistema político local, que juega en un balance con las

ventajas de la reducción de la incertidumbre política (MORAVCSIK, 2000). En igual sentido, puede verse Kahn, Paul W. (2002).

21. Por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en los casos *"Giroldi"*; *"Poblete"*; *"Arancibia Clavel"* entre otros (ABRAMOVICH; BOVINO; COURTIS, 2006).

22. Martín Bohmer contestando críticas formuladas a la ausencia de validación democrática del derecho internacional, señala que el momento de validación no puede quedar limitado al de la celebración de tratados o la aprobación de normas internacionales, sino que comprende también el proceso de interpretación y aplicación por los órganos judiciales y políticos locales. Así las normas internacionales no son un producto acabado y unívoco, sino que están abiertas a diferentes lecturas que se dan en el plano nacional, y autorizan en ese proceso de lectura a incorporar niveles de deliberación, así como la consideración del contexto social y político de cada comunidad (BÖHMER, 2007).

23. En este orden de ideas, al tratar de responder la pregunta acerca de por qué los Estados deberían obedecer el derecho internacional, Harold Koh propone considerar que la asunción de las obligaciones jurídicas internacionales es fruto de un *"proceso jurídico transnacional"* que consiste en un conjunto de subprocesos complejos y de variadas dimensiones que incluyen la articulación, la interpretación y la incorporación del derecho internacional en ámbito local, a través de mecanismos políticos, sociales y jurídicos (KOH, 1996, 1997, 2004).

24. Por ejemplo cuando recibe información sobre situaciones particulares para elaborar sus informes, ya sea a través de audiencias en su sede, o en las visitas al país.

25. Esta situación se observa por ejemplo en algunos casos sobre superpoblación y violencia en cárceles estatales en Brasil y Argentina, en los cuales la intervención del SIDH ha motivado distintas formas de intervención de la autoridad federal en los sistemas penitenciarios locales. También por ejemplo en un acuerdo reciente de solución amistosa celebrado con el gobierno federal en México que motivó la adopción por estados locales de un protocolo sobre abortos no punibles.

26. Por ejemplo en Colombia la CIDH ha utilizado como marco para seguir situaciones de derechos humanos las decisiones de la Corte Constitucional sobre desplazados internos (COLOMBIA, T-025, 2004, CIDH, 2007b, 2007e). En sentido inverso, algunas decisiones de la Corte Constitucional, por ejemplo sobre mujeres desplazadas en el marco del conflicto colombiano, han impuesto obligaciones de prestación al Estado y han considerando como fundamento entre otros estándares constitucionales, decisiones, informes de situación, y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. Incluso una reciente decisión de la Corte Constitucional invita a la CIDH a integrarse a un sistema de monitoreo del cumplimiento de la

sentencia doméstica (COLOMBIA, Auto 92, 2008).

27. Se dado esta situación por ejemplo en los acuerdos de solución amistosa sobre la amnistía peruana en el caso Barrios Altos, donde el gobierno peruano, los peticionarios y la CIDH le pidieron a la Corte IDH que definiera los estándares sobre compatibilidad de las leyes de amnistía de graves violaciones a los derechos humanos con la Convención Americana, a fin de brindar un marco jurídico a los tribunales nacionales para que procedieran a la reapertura de los casos judiciales cerrados en virtud de esas leyes. También por ejemplo, los acuerdos de solución amistosa sobre la tramitación de causas judiciales sobre el derecho a la verdad en la Argentina, celebrados por peticionarios y el gobierno, contribuyeron a comprometer la actuación del sistema judicial local en su implementación.

28. Ver por ejemplo la intervención de la CIDH en los conflictos relacionados con la situación de semiesclavitud de familias indígenas guaraníes en haciendas del Chaco boliviano y las trabas a la implementación de la legislación sobre reforma agraria en los departamentos del oriente boliviano (CIDH, 2008b).

29. Ver por ejemplo la reciente decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema Colombiana que limita la facultad de extraditar a EEUU a miembros de las AUC que estén participando del proceso de Justicia y Paz en Colombia. La Corte considera que la extradición dificulta la investigación de los casos de derechos humanos y la confesión de los imputados afectando el derecho a la justicia y a la verdad de las víctimas. La Corte Suprema se basa en jurisprudencia internacional y considera especialmente la decisión de implementación de la Corte IDH en el caso de la masacre de Mapiripán. Sobre el tema se había pronunciado previamente con iguales argumentos la CIDH (COLOMBIA, 2009, CORTE IDH, Las Masacres de Mapiripán vs. Colombia, 2009b, CIDH, 2008c).

30. El autor repasa algunos cuestionamientos que pueden formularse desde una teoría de la democracia deliberativa al valor de autoridad de las decisiones de órganos internacionales de protección, muchos de los cuales admitimos en este artículo. Propone una serie de problemas constitucionales y de déficit democrático que los internacionalistas no solemos plantearnos. Ello, pese a presentar una visión a mi juicio un tanto esquemática del proceso

social, político y jurídico complejo que condujo a la construcción de nuevos consensos para la invalidación de las leyes de amnistía por el Congreso y la Justicia en Argentina. Para una crítica de algunas objeciones “comunitaristas” a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina, V. Abramovich, “Editorial”, Nueva Doctrina Penal, 2007-B. También puede seguirse el debate entre Carlos F. Rosenkrantz y Leonardo Filippini (ROSENKRANTZ, 2005, 2007, FILIPPINI, 2007).

31. En el caso Carpio Nicolle contra Guatemala (CORTE IDH, 2004b), la Corte IDH ha considerado el concepto de “cosa juzgada aparente o fraudulenta” en función no sólo de las circunstancias del proceso judicial en estudio, sino también del contexto y de la existencia de un “patrón sistemático de impunidad” de ciertos crímenes de estado. Nuevamente hay aquí una perspectiva que apunta a examinar desigualdades en la aplicación de la ley penal en beneficio de ciertos sectores privilegiados o en perjuicio de otros sectores sociales sojuzgados. En este caso la desigualdad ante la ley es el fundamento de la descalificación de la decisión judicial de cierre del proceso y eso permite relativizar también el principio de cosa juzgada y de ne bis in idem (KRSTICEVIC, 2007).

32. Colombia y Perú han sancionado normas sobre implementación y coordinación intergubernamental que son un modelo a considerar.

33. Ver el caso “Lavado, Diego Jorge y otros vs. Provincia de Mendoza sobre acción declarativa de certeza”, Corte Suprema de Argentina (2006). Se trata de la decisión de la Corte suprema argentina que discute la implementación de las medidas provisionales dispuestas por la Corte IDH en el asunto de Penitenciarias de Mendoza respecto de Argentina.

34. Por ejemplo, existe un debate sobre el grado de precisión que se requiere en la identificación de las víctimas en casos de índole colectiva. Se necesita en todos los casos nombrar a cada persona afectada, o el SIDH, que ingresó en el tratamiento de patrones estructurales y el reconocimiento de “derechos de grupos”, debe adaptar sus procedimientos a esta nueva agenda, y aceptar la identificación de grupos o “clases” como víctimas, en especial en la etapa de reparaciones y en el marco de las medidas de protección cautelar. El riesgo es una cierta esquizofrenia, o un desarrollo en direcciones opuestas, entre la jurisprudencia sobre igualdad, y las decisiones en materia procesal.

ABSTRACT

The Inter-American System of Human Rights (ISHR), during the last decade, has influenced the internationalization of legal systems in various Latin American countries. This led to the gradual application of ISHR jurisprudence in constitutional courts and national supreme courts, and most recently, in the formulation of some state policies. This process resulted in major institutional changes, but there have been problems and obstacles, which have led to some setbacks. The ISHR finds itself in a period of intense debates, which seek to define thematic priorities and the logic of intervention, in the context of a new regional political landscape of deficient and exclusionary democracies, different from the political landscape in which the ISHR was born and took its first steps. This article seeks to present an overview of some strategic discussions about the role of the ISHR in the regional political sphere. This article suggests that the ISHR should in the future intensify its political role, by focusing on the structural obstacles that affect the meaningful exercise of rights by the subordinate sectors of the population. To achieve this, it should safeguard its subsidiary role in relation to the national justice systems and ensure that its principles and standards are incorporating not only the reasoning of domestic courts, but the general trend of the laws and government policies.

KEYWORDS

Inter-American System of Human Rights – Human rights violations – Internationalization of domestic legal systems.

RESUMOS

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) incidiu na última década no processo de internacionalização dos sistemas jurídicos em vários países da América Latina. A jurisprudência do SIDH começou a ser aplicada gradualmente nas decisões de tribunais constitucionais e das cortes supremas nacionais, e nos últimos tempos na formulação de algumas políticas estatais. Esse processo produziu importantes mudanças institucionais, mas também enfrenta problemas e obstáculos, o que tem provocado alguns retrocessos. O SIDH se encontra num período de fortes debates, que procuram definir suas prioridades temáticas e sua lógica de intervenção, num novo cenário político regional de democracias deficitárias e excludentes, diferente do cenário político que o viu nascer e dar seus primeiros passos. Este artigo procura apresentar um panorama geral de algumas discussões estratégicas sobre o papel do SIDH no cenário político regional. Neste artigo sugere-se que o SIDH deveria no futuro aprofundar seu papel político, colocando foco nos padrões estruturais que afetam o exercício efetivo dos direitos pelos setores subordinados da população. Para tanto, deverá resguardar sua função subsidiária aos sistemas de proteção nacionais, e buscar que seus princípios e parâmetros se incorporem não apenas nas decisões dos tribunais, mas também na orientação geral das leis e das políticas de governo.

PALAVRAS-CHAVE

Sistema Interamericano de Direitos Humanos – Violações de direitos humanos – Internacionalização dos sistemas jurídicos nacionais.



VIVIANA BOHÓRQUEZ MONSALVE

Abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, con Diploma Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización de la Universidad de Chile. Directora del Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional. Coautora del libro: *Desplazamiento Forzado en Colombia Derechos, acceso a la justicia y reparaciones*, entre otras publicaciones.

Email: vivianabm83@gmail.com



JAVIER AGUIRRE ROMÁN

Filósofo y Abogado de la Universidad Industrial de Santander -UIS. Profesor de la Escuela de Filosofía de la UIS, cursando Doctorado en Filosofía en la State University of New York. Coautor de los libros: *La relación Lenguaje – Derecho: Habermas y el debate iusfilosófico*, *Justicia y Derechos en la convivencia escolar*, entre otros.

Email: javierorlandoaguirre@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo es resultado de la investigación “Dignidad Humana: conceptualización filosófica y aplicación jurídica” adelantada por el Grupo de Investigación POLITEIA de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander, clasificado en categoría B por COLCIENCIAS. En este texto se realiza una reconstrucción conceptual de tres tensiones del concepto de dignidad humana: i) la tensión entre su carácter natural y su carácter artificial (o consensual o positivo); ii) la tensión entre su carácter abstracto y su carácter concreto y iii) la tensión entre su carácter universal y su carácter particular. En un primer momento se exponen los principales elementos teóricos de las tensiones. Posteriormente, las tensiones se ilustran mediante cuatro instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y cinco sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al final se presentan las conclusiones lo anterior.

Original en Español.

Recibido en junio de 2009. Aceptado en diciembre de 2009.

PALABRAS CLAVE

Dignidad Humana – Tensiones conceptuales – Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos – Jurisprudencia – Corte Interamericana de Derechos Humanos.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

LAS TENSIONES DE LA DIGNIDAD HUMANA: CONCEPTUALIZACIÓN Y APLICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Viviana Bohórquez Monsalve y
Javier Aguirre Román

1 Introducción

La importancia teórica y práctica del concepto de “dignidad humana” es difícil de negar. Se trata además de una noción que puede ser abordada desde una gran variedad de perspectivas y disciplinas pues es una idea que tiene aplicaciones en diversos ámbitos de la vida humana. De ahí que sea necesario señalar que en el presente texto se abordará el concepto de *dignidad humana* desde una perspectiva *iusfilosófica* aplicada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como concepto filosófico, de la dignidad humana es posible realizar un rastreo histórico hasta ubicarlo en el pensamiento estoico y, en especial, seguir de cerca sus desarrollos medievales a partir de la teoría del Derecho Natural del pensador cristiano Tomas de Aquino (LEE, 2008). Sin embargo, a pesar de las milenarias raíces históricas, antropológicas y religiosas que posee el concepto de dignidad humana, su historia como uno de los valores universales sobre los que se basan los derechos humanos es relativamente reciente.

Esta reciente historia, por su parte, ha sido dominada por una gran paradoja: a pesar de existir un consenso casi absoluto en torno a la dignidad humana como idea fundadora de los derechos humanos, el significado y alcance concreto de esa idea posee, en cambio, un desacuerdo generalizado y amplio (BOBBIO, 1991, p. 35). Este desacuerdo se da incluso al interior de las mismas sociedades occidentales, y se radicaliza si se comparan las concepciones que de la dignidad tienen los pueblos occidentales con las de los pueblos orientales. El investigador oriental Karen Lee, reconoce lo anterior al señalar que,

Ver las notas del texto a partir de la página 62.

“A pesar de su status preeminente en el Derecho Internacional y en una gran cantidad de Constituciones Políticas, la dignidad no posee aun un significado concreto o una definición consistente. Esta falta de precisión suele llevar a que los jueces pongan sus propios estándares morales en medio de demandas opuestas de derechos que tienen posibilidades de ser consideradas como violaciones a la dignidad. La ambigua naturaleza de la dignidad humana se vuelve aun más problemática cuando se considera de forma intercultural”
(LEE, 2008, p. 1, traducción personal).

Una revisión general a los diferentes acercamientos teóricos acerca de la dignidad humana, permite evidenciar que toda conceptualización de la misma enfrenta, al menos, tres aparentes problemas o contradicciones (TORRALBA, 2005). Estas contradicciones pueden ser formuladas a manera de preguntas, así: i) ¿Es la dignidad humana un aspecto natural de los seres humanos o es, por el contrario, un aspecto consensual creado por la voluntad política y legislativas de los Estados? ii) ¿Es la dignidad humana un valor abstracto o, por el contrario, es posible definirlo en relación con aspectos concretos de la vida humana? Y iii) ¿Es la dignidad humana un valor absoluto y universal o, por el contrario, es un valor particular dependiente de contextos históricos, culturales e, incluso, individuales?

Sin embargo, para evitar caer en posibles falsos dilemas, es más conveniente reformular la problemática concreta de la presente investigación como una reconstrucción conceptual de tres tensiones en torno al concepto de dignidad humana, a saber, i) la tensión entre su carácter natural y su carácter artificial; ii) la tensión entre su carácter abstracto y su carácter concreto y iii) la tensión entre su carácter universal y su carácter particular.

Esta reconstrucción se realizará en tres momentos. Primero cada una de las tres tensiones será expuesta de un modo teórico. Posteriormente, las tres tensiones serán identificadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para obtener una mayor ilustración y a su vez demostrar su existencia; para esto primero se utilizará como material de estudio cuatro instrumentos internacionales de derechos humanos que contienen alusiones explícitas a la idea de dignidad humana, a saber, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”. Después de esto se hará un análisis de cinco sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de mostrar cómo las señaladas tensiones pueden encontrarse en violaciones concretas de derechos humanos. Finalmente, en la tercera y última sección del texto se presentan algunas conclusiones.

Ahora bien, antes de desarrollar lo anterior, resulta conveniente realizar las siguientes precisiones sobre la naturaleza y alcance del presente texto. En primer lugar se debe señalar que se presenta como un ensayo exploratorio sobre el tema de la dignidad humana en el contexto de los tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En consecuencia, una serie importante de preguntas quedarán sin resolver. Preguntas realizadas, por ejemplo, desde perspectivas históricas, políticas, retórico- discursivas

e incluso sociológicas, que sin duda ampliarían el análisis. Esperamos, sin embargo, que a pesar de las limitaciones, el presente texto contribuya al debate sobre el rol que la dignidad humana ha desempeñado (y puede desempeñar) en la interpretación a favor de los derechos humanos.

2 Tensiones conceptuales de la dignidad humana

En la explicación de las tres tensiones identificadas en el presente estudio en torno al concepto de dignidad humana se adoptará la siguiente estrategia de exposición. En primer lugar se presentará uno de los polos de cada tensión, seguido de un aspecto problemático; a partir de esto, se realizará el mismo procedimiento con el segundo polo de cada tensión para, finalmente, presentar una síntesis de la misma.

2.1 La tensión entre el carácter natural o consensual de la dignidad

La primera de estas tensiones se refiere a la idea, enunciada en diversos documentos del ámbito internacional de los derechos humanos y de las constituciones modernas, según la cual la dignidad es una característica “natural” con la que nacen todos los seres humanos. Así, todo ser humano, por el simple hecho de serlo, se encuentra naturalmente dotado con un atributo llamado “dignidad”, como se encuentra dotado de razón. De esta manera, la dignidad aparece como el elemento definitorio de la idea de naturaleza humana, la cual en principio caracterizaría esencialmente a todo ser que haga parte de la especie humana sin importar rasgos accidentales tales como su lugar de nacimiento, su origen étnico, su posición social, su género etc. Desde esta perspectiva, es la naturaleza misma, o Dios, quien otorga a todo individuo perteneciente a la especie humana este atributo esencial llamado “dignidad” (SOULEN; WOODHEAD, 2006, p. 8). Atributo que, por lo tanto, se encontraría presente en él, incluso desde el momento mismo de la concepción. De ahí que, al individuo, por una parte, no le queda más remedio que aceptar tal atributo, pues pertenece a su ser de una forma mucho más intensa a como lo hacen sus piernas, sus brazos, etc.; y, por otra parte, a sus demás congéneres y al Estado tampoco les quedaría otra opción diferente a reconocerle su dignidad, pues no son ellos quienes la otorgan.

La carga metafísica de esta idea es tan evidente como problemática, en especial, en sociedades complejas y plurales como las actuales en donde la idea de “una única naturaleza humana” parece insostenible. Así por ejemplo, se pregunta Mary Ann Glendon, “¿Se encuentra la idea de derechos universales basada simplemente en un acto de fe? Si bien “defender la dignidad humana” aparece como un objetivo admirable en todo debate político, aun existen preguntas abiertas acerca del significado del “derecho a igual dignidad”. No es claro, por ejemplo, en qué medida la dignidad puede servir como una base para fundamentar derechos en medio de visiones diferentes y opuestas de la dignidad humana en relación con la búsqueda de una buena vida” (GLEDON, 1999, p. 3, traducción personal).

Asimismo, Serena Parekh recuerda cómo estas dudas de una “dignidad natural” aparecieron al interior de la comisión redactora de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“La pregunta acerca de si los derechos humanos deberían estar fundamentados en algo considerado como ‘natural’ o esencial a los seres humanos estuvo en el corazón del debate sobre el primer documento internacional de derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). La tensión entre, por una parte, el deseo por una teoría realmente universal y, por otra, el temor por basarse en conceptos metafísicos puede verse en estos debates”

(PAREKH, 2007, p. 763, traducción personal).

La primera tensión conceptual se hace evidente al afirmar, frente a lo anterior, que la idea de dignidad humana es una característica artificial atribuida de forma consensual a todos los seres humanos, dada su utilidad, pero que, no obstante, no posee ninguna correspondencia con una alegada realidad de la naturaleza humana por cuanto la existencia de esta última es puesta en duda. De esta manera, no es cierto que los seres humanos nazcan con dignidad, como si se tratara de un atributo natural o esencial; ésta, más bien, es una ficción moral, política y, especialmente, jurídica que se predica de todos los miembros de la especie humana. Así, son los Estados, en particular los constitucionales respetuosos de los derechos y libertades, los que crean el principio jurídico-político de la dignidad humana. Esta creación se hace, en gran medida, como una manera de intentar garantizar la paz y la convivencia humana pacífica (HOERSTER, 1992). En este polo de la tensión, la fragilidad de la argumentación es la que se revela problemática y evidente, pues el principio utilitarista podría usarse, en última instancia, para justificar cualquier cosa, como, por ejemplo, que la misma paz y convivencia humana necesitan que, temporalmente, a algunos miembros de la especie no se les considere como portadores de esa ficción llamada “dignidad”.

En síntesis, esta tensión apunta a la fundamentación misma de la dignidad humana y se encuentra íntimamente relacionada con los debates entre el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo* relativos a las bases conceptuales de los derechos humanos.

2.2 La tensión entre el carácter abstracto o concreto de la dignidad

La segunda tensión se refiere al nivel de abstracción o, por otro lado, de concreción que posee la idea de dignidad humana (ASÍS, 2001, p. 37). En principio, desde el proyecto de la ilustración liderado por la filosofía práctica kantiana la dignidad humana ha sido concebida como un imperativo general según el cual cada ser humano es un fin en sí mismo que, por ende, no puede ser instrumentalizado para ningún otro fin. Esto se traduce en una máxima moral según la cual cada ser humano racional debe tratarse a sí y a todos los seres humanos que comparten tal “atributo” como un fin en sí mismo y nunca como un medio. Kant, como es sabido, pretendió desarrollar una alternativa a las éticas utilitaristas, basada en la idea según la cual todo ser humano se encuentra dotado de una habilidad “auto-legisladora” en virtud de su libertad innata, así como de su racionalidad y cierto sentido de deber hacia toda la humanidad. En este sentido para Kant, todo ser humano que posee razón y libertad para seguir los imperativos morales, se encuentra dotado, por ese mismo hecho, de una dignidad humana universal (KANT, 2002).

Uno de los problemas que posee este nivel de conceptualización resulta del hecho de que difícilmente se puede estar en contradicción con ella. Sin embargo, este carácter de verdad incuestionable puede explicarse por el hecho de tratarse de una definición completamente vacía. En otras palabras, la idea abstracta de dignidad corre el riesgo de carecer de contenido práctico. Es por esto que los desacuerdos empiezan a aparecer cuando tal idea se va traduciendo en aspectos más concretos de la vida social y política, como por ejemplo, tener cierta clase de derechos y posibilidades (ciertos trabajos, cierto nivel educativo, ciertas relaciones sociales, etc.).

Es así como, además de aceptar alguna noción abstracta de lo que es la dignidad humana, el polo opuesto de esta segunda tensión enfatiza la necesidad según la cual la dignidad requiere de aspectos más concretos que tengan un mayor nivel de verificación. Entre estos aspectos se encontrarían, entre otros, la libertad de escoger una profesión pero también la garantía de recibir una remuneración justa por ella; la posibilidad de acceder a la educación pero también la libertad de escoger el tipo de la misma; el goce de ciertos derechos fundamentales y definitorios de lo que es un ser humano, como por ejemplo la propiedad privada, pero también el disfrute de los medios materiales indispensables para una vida valiosa, etc. (PECES-BARBA, 2003, p. 77). Esto permite ver que, efectivamente, detrás de la idea de dignidad humana, se encuentra la idea de “buen vivir”; idea que nadie aceptaría fuera definida únicamente en términos formales y abstractos.

La segunda tensión, por ende, consiste en la necesidad de que toda definición de dignidad humana pueda relacionarse claramente con aspectos concretos de la misma vida humana. En este sentido, si se define a la dignidad humana, por ejemplo, como “ser tratado siempre como un fin y no como un medio”, tal definición parece necesitar aclarar en qué casos se da lo uno (ser tratado como medio) y en qué casos se da lo otro (ser tratado como fin). No obstante, el riesgo que se corre por este camino es el de desfigurar a tal punto la misma idea de dignidad de tal forma que quedaría convertida en cuestiones determinadas, puntuales, cotidianas y hasta irrelevantes. De cierta manera esta es la crítica que hace ya varios años formulara Hannah Arendt. Según ella, las confusiones conceptuales yacentes a la Declaración Universal de Derechos Humanos pronto llevarían a “Demandas filosóficamente absurdas y políticamente irrealistas, tales como que todo ser humano nace con el derecho inalienable a un seguro de desempleo o a una pensión de vejez” (ARENDT, 1949, p. 34, traducción personal).

En síntesis, en esta segunda tensión se evidencia que, además de una definición, todo concepto de dignidad humana parece requerir, por sí mismo, de unos “lugares” y unos “modos” privilegiados para ejercerla.

2.3 La tensión entre el carácter universal o particular de la dignidad

En este tercer caso, el primer polo de esta tensión se basa en la existencia de un valor absoluto y universal como lo sería la dignidad humana el cual debería predicarse de todo ser humano en todo tiempo y lugar. En este sentido, la dignidad humana sería una sola, aplicable a todo individuo de la especie humana (PICO DELLA MIRANDOLA, 1984, p. 50).

Este carácter es, sin embargo, altamente problemático pues, en la medida en que la dignidad se relaciona con la idea de un *buen vivir*, resulta poco verosímil afirmar que lo anterior puede darse de forma absolutamente universal. Por el contrario, parece ser de mayor aceptación la idea según la cual cada cultura ha desarrollado, en diferentes tiempos y lugares, una idea del “vivir bien” y, en ese sentido, una idea de la dignidad. En este sentido, según Karen Lee,

“La dignidad humana aparece como un valor subyacente a la diferentes formas de vida como las sociedades describen sus propias concepciones sobre como los seres humanos deberían relacionarse entre sí. Así como los pueblos de las democracias occidentales ven en el liberalismo un eje central de toda existencia humana valiosa, en una gran cantidad de culturas asiáticas, los derechos y libertades individuales son combinadas con deberes y roles respectivos determinados por la religión o por la costumbre”

(LEE, 2008, p. 30, traducción personal).

Es por esto que el polo opuesto de esta tercera tensión, a saber, el carácter particular de la dignidad, se refiere al hecho de que más que una “dignidad humana”, lo que realmente existe es una multiplicidad de ideas de varias dignidades, cada una predicada en concreto de grupos sociales cultural e históricamente determinados. Así, se podría hablar de la dignidad del ser humano en cuanto Latinoamericano, o en cuanto Oriental, o en cuanto Mujer, o en cuanto Indígena, etc. (FERNÁNDEZ, 2001, p. 53).

Se trata de la posibilidad misma de la existencia de un discurso universal que realmente englobe a todos los seres humanos sin ninguna otra distinción; pretensión que corre el riesgo de constituirse en un discurso vacío, como ocurría en la tensión anterior, pues parece claro que el ser humano sufre y tiene necesidades no en cuanto ser humano en general, sino en cuanto trabajador explotado o en cuanto mujer o en cuanto indígena, etc. Empero, el riesgo en el polo opuesto de esta tensión es el de desintegrar por completo la idea de “dignidad humana” en una variedad infinita de dignidades particulares.

Con respecto a la primera tensión, la tercera pareciera revivir aquellos elementos que fueron considerados anteriormente como “accidentales” (el origen étnico, el género, etc.) para situarlos como esenciales en cuanto definirían la dignidad particular de los miembros de tal etnia, género, etc. Con esto se quiere señalar, finalmente, que en última instancia las tres tensiones se encuentran íntimamente relacionadas.

3 La dignidad humana en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En este segundo apartado se realizará un análisis de cuatro instrumentos internacionales de derechos humanos en relación con el las tensiones identificadas del concepto de dignidad humana. En la medida en que nos interesa estudiar e identificar cómo se han traducido las tensiones teóricas sobre la dignidad humana en la práctica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, posteriormente se realizará un estudio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionada con violaciones de derechos humanos y la aplicación que se ha hecho del principio de la dignidad humana.

3.1 La dignidad humana en los instrumentos internacionales

a. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

En la Declaración Americana se encuentran tres alusiones explícitas al concepto de “dignidad humana”. La primera aparece en el primer considerando de la declaración según el cual “los pueblos americanos han dignificado la persona humana”. De acuerdo con el resto de este considerando, los pueblos de América han reconocido en sus Constituciones que las instituciones jurídico-políticas establecidas para regir la vida en sociedad tienen como principal finalidad proteger los derechos de los seres humanos y crear para ellos circunstancias que permitan el progreso espiritual y material, así como el alcance de la felicidad. La segunda alusión se encuentra en el Preámbulo de la Declaración en el que señala que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Estas dos referencias ilustran la primera de las tres tensiones en torno a la dignidad, a saber, su carácter iusnaturalista – esencialista versus su carácter consensual o político – positivo¹. El primero de ellos se encuentra en la cita del Preámbulo en donde la dignidad es ubicada en el hecho mismo del nacimiento de todo ser humano, como si se tratará de una característica definitoria de su naturaleza o esencia. El segundo carácter aparece en la cita del considerando según la cual son los pueblos de América los que, a raíz de su actuar jurídico-político manifestado en sus constituciones, han “puesto” en el ser humano de forma convencional una característica de gran utilidad y relevancia, más no por ello natural, a saber, la dignidad humana. En la medida en que no tiene sentido dignificar lo que desde un inicio siempre ha tenido dignidad, tal “dignificación” se logra de forma histórica y mediante el proceso político jurídico que desarrolla la voluntad y el consenso de los Estados.

La tercera referencia explícita se encuentra en el artículo 23 de la Declaración que consagra el derecho a la propiedad privada. Según este artículo, “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. Esta alusión ilustra la segunda de las tensiones identificadas, esto es, el carácter abstracto de la dignidad frente a sus manifestaciones concretas. No debe menospreciarse el que en todo el listado de derechos de la Declaración Americana el concepto de dignidad tan sólo aparezca explícitamente relacionado con uno de los derechos contenidos en ella, a saber, el derecho a la propiedad privada. La idea de dignidad que expresa aquello que es y define a todo ser humano, sea de forma natural o de forma positiva, es limitada en cuanto tan sólo aparece como dependiente del derecho a la propiedad privada y no de otros derechos como la igualdad, la libertad, la libre expresión, la educación, etc. Así, tener una existencia humana valiosa, que es lo que en última instancia expresa la idea de la “dignidad humana”, se agotaría con el goce y disfrute del derecho a la propiedad privada y no, por ejemplo, con la participación activa en la vida pública y política del Estado.

Es cierto que a la luz de la Declaración Americana bien puede desarrollarse una concepción más amplia de lo que es la dignidad humana. Una interpretación sistemática de toda la Declaración (en especial de sus Deberes) podría ofrecer

resultados en este sentido. Las mencionadas reflexiones deben entenderse, se recuerda, en el marco de la ilustración de las tensiones existentes alrededor de la comprensión y el desarrollo normativo y jurisprudencial del concepto de “dignidad humana”. En este sentido, es paradigmático el hecho de que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, a diferencia de otros instrumentos internacionales posteriores, tan sólo relacione explícitamente a la dignidad humana con el derecho a la propiedad.

b. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

En la Declaración Universal se encuentran cinco referencias explícitas a la idea de dignidad humana; dos de ellas en el Preámbulo y las tres restantes en el articulado.

En la primera de las referencias del Preámbulo, la Declaración parece comprometerse con una concepción naturalista de la dignidad humana pues la cataloga como “intrínseca” a todo ser humano. En este sentido, la dignidad, como característica intrínseca de todo ser humano, pre-existe a todo acto jurídico político. Por ende, las acciones político-jurídicas no pueden “dignificar” al ser humano, en cuanto la dignidad se encuentra ya en toda persona de forma inherente; lo único que pueden hacer tales acciones es reconocer esa dignidad, reconocimiento que, según la Declaración, es necesario para materializar los principios políticos y sociales de la libertad, la justicia y la paz mundial.

En coherencia con lo anterior, el quinto considerando del Preámbulo señala que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado su “fe” en la dignidad de la persona humana, lo cual puede ser entendido como una concesión a la idea naturalista y, si se quiere, metafísica de la dignidad como atributo esencial de todo ser humano; idea que por carecer de una demostración irrefutable, sólo puede ser creída y aceptada con el compromiso de “promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

De otra parte, el artículo 1 de la Declaración Universal reproduce de forma casi exacta el primer renglón del Preámbulo de la Declaración Americana citado anteriormente al señalar que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Una vez más la dignidad es predicada del hecho mismo del nacimiento biológico de todo ser humano, como si se tratara de una característica definitoria de su naturaleza.

Empero, las restantes alusiones explícitas a la dignidad que aparecen en los artículos 22² y 23³ sí marcan una diferencia considerable con respecto a la Declaración Americana en cuanto la dignidad aparece relacionada de forma directa ya no con el derecho a la propiedad sino con los derechos a la seguridad social y al trabajo. Lo que permite pensar que en este instrumento internacional la idea abstracta de dignidad adquiere mayor concreción en los derechos señalados.

Una explicación histórica de esta diferencia indicaría que esta divergencia se debe a la influencia norteamericana de la primera Declaración en contraste con la presencia de los países del bloque socialista participantes en la segunda. No obstante, sin pretender negar el valor y la veracidad de explicaciones desarrolladas desde esa

perspectiva, en la medida en que la presente investigación tiene un marco teórico y una metodología *iusfilosófica* y no histórica, lo que interesa es evidenciar la tensión conceptual que existe al considerar que la dignidad humana está, por así decirlo, más cercana al derecho a la propiedad que a otros derechos de corte social o político como la seguridad social o el trabajo. En todo caso, las explicaciones de corte histórico sí constituyen una gran ayuda para el propósito enunciado en cuanto ayudan a comprender que la idea de aquello que es propio de un ser humano o, en otras palabras, aquello que le da valor a la existencia humana, se construye, en última instancia, de forma dependiente de circunstancias políticas, sociales, culturales, históricas, etc. Dependencia que de inmediato evoca a la tercera de las tensiones conceptuales identificadas alrededor de la dignidad humana, esto es, su aludido carácter universal frente a su realidad histórica y particular.

Es claro que lo que desde una perspectiva socialista se concibe como valioso y deseable para todo ser humano diferirá enormemente de lo que así se concibe desde una perspectiva liberal o capitalista. Sin embargo, la idea misma de dignidad demanda siempre un alejamiento y una abstracción de estas circunstancias particulares y concretas que le dan origen pues, tal idea, demanda aplicación en todo tiempo y lugar. Con esto queda señalada la tercera de las tensiones que se han identificado en torno a la idea de dignidad humana, a saber, la tensión entre su universalismo versus su particularismo. Esta tensión, podrá ser encontrada de forma más clara en el cuarto instrumento internacional analizado, a saber, la Convención Belem do Para.

c. Convención Americana sobre Derechos Humanos

En la Convención Americana se encuentran tres referencias explícitas a la idea de dignidad humana, todas ellas, en artículos de la Convención. Asimismo, el Preámbulo de la Convención se encuentra permeado de alusiones directas que la comprometen con cierta idea naturalista de la dignidad humana en la medida en que los derechos son constantemente definidos como “derechos esenciales del hombre (...) que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

El artículo 5 de la Convención vincula de forma directa a la dignidad con el derecho a la integridad personal en cuanto establece, en su numeral segundo, que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Por su parte, el artículo 6 relaciona a la dignidad con la prohibición de la esclavitud y servidumbre al señalar en su numeral segundo que “El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”.

Una vez más podría plantearse una explicación que vinculara causalmente esta relación directa entre la dignidad y los derechos antes señalados con las experiencias de las dictaduras latinoamericanas del siglo XX; dictaduras que cometieron gran parte de sus extra limitaciones y violaciones en masivas privaciones de la libertad. Empero, como se señaló anteriormente, para los objetivos de la presente investigación, esas explicaciones, probablemente ciertas, sólo tienen interés en cuanto iluminan las tensiones internas sobre las que se ha construido el concepto de la dignidad

humana. Así, a pesar de la reiteración realizada en el Preámbulo de la Convención Americana según la cual el ideal del ser humano libre sólo puede ser realizado “si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”; y, también, a pesar del mismo artículo 26 de la Convención⁴, la idea explícita de dignidad que se tiene en tal instrumento internacional no aparece vinculada a los derechos económicos, sociales y culturales sino a los derechos mencionados anteriormente que hacen parte de la llamada tradición de derechos de primera generación.

Así, es perfectamente coherente con lo anterior el hecho de que en el artículo 11 de la Convención se establezca una protección explícita a la dignidad; sin embargo esta protección aparece relacionada de forma directa con la honra. Lo que implica que, aunque la dignidad no aparezca vinculada únicamente a la propiedad privada, como era el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sí se siga concibiendo como algo que se agota meramente en el ámbito de lo privado, tal y como lo establece el numeral segundo del mencionado artículo: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

d. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”.

En las alusiones explícitas de la *Convención de Belem do Para* acerca de la dignidad, aparecen nuevamente las tres tensiones identificadas. En efecto, el artículo 4 de la Convención se refiere al derecho de la mujer a que sea respetada “la dignidad inherente a su persona”. De igual manera, el mismo artículo 4 también señala que los derechos de la mujer incluyen el derecho a la protección de su familia. Por lo tanto, siguiendo la misma línea argumentativa desarrollada en los tres instrumentos internacionales anteriores, un lector de esta Convención bien podría interesarse por las razones que llevaron a que la expresión “la dignidad inherente a la persona de la mujer” se realizara de forma conjunta e inmediata con la idea de familia. Una vez más, el “lugar” concreto que ocupa la referencia a la dignidad no puede ser tomado de forma inocente y carente de significado, así como no lo fue en el caso de los anteriores instrumentos en los que como se recordará la dignidad aparecía relacionada de forma directa con algunos derechos pero no con otros. Por consiguiente, bien podría sospecharse que a pesar de los grandes avances que se han hecho en el mundo a partir de esta Convención, la misma parecía incluir una idea tradicional que aceptaba que el lugar privilegiado de la dignidad de la mujer (aquel en donde esta dignidad se hacía más concreta) se encontraba en la familia.

La Convención de Belem do Para también permite ver la tercera de las tensiones identificadas, a saber, el carácter universalista o particularista de la dignidad. En el caso de la presente Convención, esta tensión toma una forma diferente a las identificadas anteriormente. Por una parte se tiene la afirmación realizada en la introducción de la Convención según la cual “la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana”. Esta proposición, como se ve, sugiere una idea abstracta y universal de una única dignidad humana que se ve contrariada y atacada por cualquier hecho de violencia en contra de la mujer. Obsérvese que

esto puede implicar tanto una ofensa en contra de la dignidad de la mujer que sufre el hecho de violencia, como también una ofensa en contra de la idea aún más abstracta de dignidad humana en cuanto dignidad de la especie humana como un todo. Es decir, desde esta última perspectiva todo hecho de violencia en contra de la mujer es una ofensa directa a la dignidad de la humanidad, compuesta por todos los seres humanos, hombres, mujeres, etc., en la medida en que tal hecho se encontraría basado en cierta idea de superioridad de los hombres frente a las mujeres; idea que resultaría inadmisibles en relación con el ideal de una humanidad compuesta por seres libres e iguales cuya existencia tiene un valor en sí misma en cada individuo perteneciente a la especie humana.

De otra parte, la Convención en su artículo 8 también realiza una alusión directa a la idea de la dignidad, pero esta vez entendida ya no como un predicado de toda la especie humana sino como un predicado particular de toda mujer. En efecto, en el literal g) del citado artículo se establece que los Estados Partes deben adoptar, en forma progresiva, medidas y programas para “alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer”. Por consiguiente, la Convención presenta una idea de dignidad particular, por así decirlo, que corresponde y se origina en el hecho mismo de ser mujer. Esto quiere decir que no sólo existiría una dignidad general del ser humano, sino también una dignidad particular de esa parte del ser humano llamada mujer; una dignidad concreta, diferente y propia originada a partir del “ser mujer”. Esta perspectiva parecería basarse en aquellos enfoques críticos que señalan que detrás de la presunta universalidad de los mismos derechos humanos realmente se esconde una idea particular y determinada de ser humano, a saber, la idea de hombre, burgués, occidental, cristiano, heterosexual, blanco, etc. Así, esta idea de dignidad dominante que pretende imponerse de forma universal sería contraria, o al menos diferente, a otras ideas de dignidad (dignidad de las mujeres, de los indígenas, de los afro-descendientes, de las personas homosexuales, etc.) que aparecerían como particulares tan sólo en la medida en que se oponen a ella. Pero esta oposición ni las elimina a ellas ni a su derecho a existir. No obstante, también podría pensarse que de lo que se trata no es de una relación de oposición entre dos ideas particulares de dignidad (una de las cuales aparece falsamente como general), sino más bien de una relación de complementariedad entre una idea efectivamente general de dignidad humana y una idea particular de dignidad, por ejemplo, de la mujer. En todo caso, la tensión entre el supuesto universalismo versus el alegado particularismo de la idea de dignidad queda evidenciada por la referencia analizada de esta Convención.

3.2 La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

El estudio de la jurisprudencia interamericana permite ilustrar el camino en el cual los postulados teóricos y filosóficos de los tratados internacionales sobre derechos humanos se materializan en derechos exigibles en casos concretos. Así, los jueces tienen la labor de determinar el alcance del derecho y el ámbito de protección en prácticas contrarias a los postulados internacionales.

A continuación se estudiarán cinco sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en donde se ha invocado la protección a la dignidad humana reconocida en los instrumentos interamericanos de protección. Las sentencias estudiadas corresponden a diferentes períodos de publicación, lo cual permitirá observar la evolución de los fallos del Tribunal Interamericano y su línea de interpretación en relación con la dignidad humana frente a las diferentes violaciones de derechos humanos alegadas por las partes.

a. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras

Los hechos del caso tienen que ver con la desaparición forzada de Manfredo Velásquez por parte de las Fuerzas Armadas hondureñas. La Corte IDH estudió las violaciones de derechos humanos derivadas de la desaparición forzada y el papel del Estado como garante. En ese sentido la Corte IDH afirmó:

“Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”

(Corte IDH, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988, párr. 154).

Adicional a lo anterior, la Corte IDH hizo hincapié en los derechos vulnerados de las personas detenidas ilegalmente:

“Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal” (Corte IDH, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988, párr. 156).

El alcance de la dignidad humana y el papel garante del Estado señalados anteriormente son reforzados por la Corte al recordar que:

“La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de ‘respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión, ‘la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables

de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente”

(Corte IDH, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988, párr. 165).

Asimismo, la Corte IDH reitera en la sentencia de fondo el alcance de los derechos vulnerados por tratarse de personas desaparecidas:

“La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención”

(Corte IDH, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988, párr. 158).

Visto lo anterior, el caso Velásquez Rodríguez constituye un valioso referente para evidenciar toda la fuerza argumentativa que resulta de considerar a la dignidad humana como algo inherente a la naturaleza misma de todo ser humano, como lo expresa la misma Corte IDH. En efecto, desde esta perspectiva resulta claro que, como lo muestra la decisión de la Corte, la responsabilidad que pueda tener alguna persona por haber cometido algún grave crimen en contra de la misma seguridad del Estado no puede implicar, de ninguna manera, que dicho Estado realice actos violatorios de la dignidad de esa u otras personas. La naturaleza humana no cambia por el hecho de haber cometido algún crimen; lo que significa que incluso los peores delincuentes siguen siendo seres humanos con dignidad y, por ende, así deben ser tratados por los Estados Democráticos. Una conclusión diferente podría resultar si se considerara que la dignidad humana es un principio que se origina en virtud de un consenso social y político pues, desde esta perspectiva, parece justificable que los individuos que por sus mismas acciones rechazan ese consenso, no tienen derecho a los beneficios que se derivan del mismo. Esta idea, en efecto, parece ser la que se quiere imponer en los discursos dominantes contemporáneos acerca de la lucha en contra del terrorismo.

En segundo lugar, la Corte IDH manifiesta que en las detenciones ilegales o en las desapariciones forzadas de personas surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y el derecho a ser tratado con dignidad. Luego, con esto se establece una presunción de riesgo frente una práctica específica violatoria de los derechos humanos, lo cual se traduce en una medida que particulariza el alcance de la dignidad humana. En este sentido, la Corte hace concreta la idea abstracta de la dignidad al señalar que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano que contradicen la dignidad. De esta forma queda claro que la tensión entre el carácter abstracto y el carácter concreto de la dignidad humana encuentra su resolución en los tribunales de justicia en la medida en que es parte de su labor determinar en los casos que conocen el significado preciso de lo que es una “violación a la dignidad humana”.

b. Caso Caballero Delgado y Carmen Santana Vs. Colombia

En esta ocasión los peticionarios alegaron que Caballero Delgado y Carmen Santana en el momento de su desaparición fueron torturados y algunos testigos manifestaron que Carmen Santana fue vista sin ropa, lo cual se alegó como una vulneración del derecho a la dignidad humana e integridad personal.

Frente a los relatos de algunos testigos sobre la desnudez de Carmen Santana, la Corte indicó que:

“Este Tribunal no considera que existan elementos suficientes para demostrar que Isidro Caballero y María del Carmen Santana hubieran sido objeto de torturas y malos tratos durante su detención, ya que este hecho se apoya sólo en los testimonios imprecisos en este aspecto de Elida González Vergel y de Gonzalo Arias Arturo, que no se confirman con las declaraciones de los restantes testigos”

(Corte IDH, Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, 1995b, párr. 53).

En consecuencia, por una controvertida valoración probatoria se dejó sin determinar si la desnudez forzada a la que fue sometida Carmen Santana, según relatos de dos testigos, en el momento de la detención por miembros del Ejército es un hecho que atenta contra la dignidad humana y, en especial, contra los derechos humanos de las mujeres.

Sobre este punto vale señalar que el juez Máximo Pacheco Gómez presentó voto disidente en relación con lo anteriormente cuestionado. Según el juez: “(...) 2. Con las declaraciones de los testigos Elida González y Gonzalo Arias Alturo ha quedado acreditado fehacientemente que Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana no fueron tratados con el respeto debido a su dignidad como personas humanas” (Corte IDH, Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, 1995b, Voto disidente Juez Máximo Pacheco Gómez).

En virtud de lo anterior, la posición mayoritaria deja la siguiente inquietud en relación con la concepción natural con la que se había venido entendiendo la dignidad desde el caso anterior. En efecto, si la dignidad humana es realmente originada en la naturaleza misma de la persona, parece discordante que el acreditar su vulneración sea algo sujeto a rígidas pruebas. Por el contrario, dicha naturalidad parecería exigir la existencia de presunciones a favor de su potencial vulnerabilidad. Asimismo, bien se podría pensar que el hecho de ser mujer refuerza la idea de que la dignidad debe particularizarse y entenderse de forma diferente en el caso de sujetos especialmente discriminados o vulnerables. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que en este momento estos puntos no eran tan claros para la Corte IDH, pues se trata de un sentencia de 1995, año en que apenas entraba en vigencia la Convención de Belem do Para.

c. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú

En esta oportunidad se debate la responsabilidad del Estado frente a desaparición de Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar. Estas personas se encontraban detenidos en el establecimiento penal, en calidad

de procesados, como presuntos autores del delito de terrorismo, y desaparecieron desde el momento en que las Fuerzas Armadas tomaron el control de los establecimientos penales. Por este motivo, la Comisión Interamericana en la demanda alega violación del artículo 5.2 de la Convención, relativo a integridad personal y dignidad humana.

Al estudiar los hechos, las pruebas y la eventual vulneración de los derechos alegados, la Corte expresa lo siguiente:

“Este Tribunal considera que en este caso el Gobierno no ha infringido el artículo 5 de la Convención, pues si bien pudiera entenderse que cuando se priva de la vida a una persona también se lesiona su integridad personal, no es este el sentido del citado precepto de la Convención que se refiere, en esencia, a que nadie debe ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a que toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No está demostrado que las tres personas a que se refiere este asunto hubiesen sido objeto de malos tratos o que se hubiese lesionado su dignidad por parte de las autoridades peruanas durante el tiempo en que estuvieron detenidas en el Penal San Juan Bautista (...)”.

(Corte IDH, Neira Alegría y otros Vs. Perú, 1995a, párr. 86).

En esta oportunidad, esta corta referencia realizada por la Corte IDH es útil en relación con las tensiones de la dignidad humana en la medida en que aclara que, a pesar de que la dignidad sea entendida como algo inherente a la naturaleza misma de los seres humanos, no es posible identificarla de forma absoluta con el hecho mismo de la vida, pues, como lo señaló la Corte, la dignidad humana posee una esfera de significado autónoma y diferente. Por esto, aunque en este como en casi todos los demás casos, la Corte no desarrolla de forma profunda un concepto propio de lo que en el Sistema Interamericano debe entenderse por dignidad humana, esta referencia, junto con las demás, sí va creando un significado que se despliega a lo largo de todos los casos. Este significado, como se señaló anteriormente, es lo que hace realmente concreto, al menos en términos jurídicos, el significado abstracto que, de por sí, posee el concepto de dignidad humana.

d. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.

En la sentencia de fondo del caso Villagrán Morales y otros, conocida como *Niños de la Calle Vs. Guatemala*, se discute el secuestro, la tortura y los asesinatos de cinco jóvenes que vivían en las calles, dos de ellos menores de edad. En este caso se disputa si existió omisión por parte de los mecanismos del Estado para enfrentar judicialmente dichas violaciones y condenar a los responsables. Dentro del proceso demostró que cuatro de las víctimas fueron introducidas en la maletera de un vehículo, frente a lo cual la Corte señaló que: “aún cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Corte IDH, “Niños de la Calle” - Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, 1999, párr. 164).

El Tribunal Interamericano, frente a las personas ilegalmente detenidas, recordó que “una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad” (Corte IDH, “Niños de la Calle” - Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, 1999, párr. 166).

En líneas generales, en este caso la Corte IDH precisó dos elementos para identificar y definir la violación de la dignidad humana: *i.* las condiciones de especial vulnerabilidad de las personas y *ii.* el contexto en el que se desarrollan los hechos violatorios. Así, frente a los problemas probatorios que se habían presentado en los Casos como Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia y Neira Alegría y otros Vs. Perú, en esta oportunidad las tensiones fueron resueltas poniendo a favor en la balanza los elementos tendientes a concretar y particularizar la dignidad humana de la víctimas en términos de un atributo inherente al ser humano.

Por su parte, el voto concurrente de la sentencia de estudio conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, recuerda que:

“El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”
(Corte IDH, “Niños de la Calle” - Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, 1999, Voto concurrente conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 4).

Adicionalmente, el voto concurrente advierte las delimitaciones que se deben tener en cuenta por tratarse de niños y su especial vulnerabilidad: “Las necesidades de protección de los más débiles, - como los niños en la calle, - requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna” (Corte IDH, “Niños de la Calle” - Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, 1999, Voto concurrente conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 7).

La importancia de estos votos concurrentes es mayúscula pues en ellos se vuelve a ligar a la dignidad humana con la vida, pero, esta vez, los jueces indican que la dignidad no puede limitarse a ser un instrumento que se aplica únicamente para limitar eventuales abusos del poder estatal en relación, por ejemplo, con la propiedad privada, la vida, la integridad personal, etc. En efecto, aunque no se puede decir que haga parte de la decisión mayoritaria, los votos concurrentes sí abren un espacio para señalar que la dignidad humana no se agota únicamente con la protección de los mencionados derechos sino que incluso se relaciona con el disfrute de unas condiciones mínimas de “vida digna”. De esta manera, la labor interpretativa de la Corte IDH continua, así sea en los votos concurrentes, concretizando el significado abstracto de la dignidad humana al extenderlo “al dominio de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así

la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos” (Corte IDH, “Niños de la Calle” - Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, 1999, Voto concurrente conjunto de los jueces A .A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 4).

e. Caso de Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú

La CIDH sometió ante la Corte una demanda a fin de que el tribunal declarara al Estado Peruano responsable por la violación de los derechos humanos en perjuicio de 42 reclusos que fallecieron, 175 reclusos que resultaron heridos y 322 reclusos que fueron sometidos a trato cruel, inhumano y degradante.

La Corte IDH al analizar el alcance de las violaciones derivadas del hecho que las internas fueron sometidas durante ese prolongado período a la desnudez forzada señala que:

“(...) es preciso enfatizar que dicha desnudez forzada tuvo características especialmente graves para las seis mujeres internas que se ha acreditado que fueron sometidas a ese trato. Asimismo, durante todo el tiempo que permanecieron en este lugar a las internas no se les permitió asearse y, en algunos casos, para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas (supra párr. 197.49). El Tribunal estima que esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres”

(Corte IDH, Penal Castro Castro Vs. Perú, 2006, párr. 306).

Los elementos determinantes en este caso para configurar la violación de la dignidad humana estuvieron fundados por las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, es decir, no sólo la privación de libertad, sino el ser sometidas a la desnudez, a ser observadas, entre otras consideraciones que la Corte calificó como degradantes teniendo en cuenta por supuesto que se trataba de mujeres.

Según el criterio del Tribunal Interamericano, con fundamento a la Convención de Belem Do Para resultan inadmisibles y especialmente graves ciertas violaciones contra las mujeres, en tanto son personas especialmente vulnerables y discriminadas desde varios ámbitos. Luego, la dignidad no es la misma para todas las personas, pues con este caso se reitera la idea según la cual si los sujetos son especialmente vulnerables, la protección de la dignidad debe ser reforzada, es decir, en el caso de mujeres, niños e indígenas el concepto de dignidad denota otras obligaciones para los Estados.

4 Conclusiones

Desde un punto de vista teórico, las tres tensiones conceptuales expuestas en torno a la dignidad humana parecen irresolubles ante los altos niveles problemáticos que presentan. En efecto, o bien la dignidad es algo natural en el ser humano

que, por ende, preexiste a todo acto social, jurídico o político o, por el contrario, es un atributo creado por la dinámica de los sistemas político – jurídicos de las sociedades modernas. De otro lado, o bien la dignidad humana es un valor abstracto definido en términos formales y, por ende, ambiguos o, por otra parte, es un valor concreto que se encarna en diferentes ámbitos de la vida humana tales como el derecho a la propiedad, a la integridad personal, a la seguridad social, etc. Finalmente, o bien sólo existe una única noción de dignidad humana aplicable a toda persona sin distinción de cultura, clase social, género y demás atributos “accidentales” o, por el contrario, la dignidad humana es un concepto que necesariamente se encuentra cualificado por esas pertenencias particulares a diversos grupos sociales.

De otra parte, una lectura sistemática de los diversos tratados internacionales de derechos humanos no parece arrojar una respuesta a los anteriores interrogantes pues, por el contrario tal lectura evidencia la existencia misma de esas tensiones al interior de los documentos internacionales. En este sentido, el problema teórico persiste e incluso se agudiza en la medida en que cada día aparecen nuevos documentos internacionales (resoluciones, tratados, convenios, declaraciones, etc.) que pretenden reconocer el valor de ciertos grupos sociales que, de una u otra forma, se encontraban invisibilizados en las generalidades de los documentos existentes hasta ese momento. Los recientes casos de los derechos de los indígenas e, incluso, de los grupos religiosos ilustran esta afirmación.

Ahora bien, en medio de estas indefiniciones conceptuales existe algo seguro y constante: la decisión judicial. En efecto, no importa el nivel de dificultad de un caso, ni tampoco si existen o no dudas teóricas sobre el alcance de ciertos conceptos, como por ejemplo, la dignidad humana, el juez siempre tiene la obligación absoluta de tomar una decisión, sea en el sentido que sea. De ahí que, como se mostró, las jurisprudencias analizadas participan a otro nivel en el debate teórico sobre las tensiones de la dignidad humana. El principal valor de las sentencias judiciales consiste en que a través de ellas, de forma implícita o explícita, los jueces van definiendo el alcance y el significado de ciertos términos y, en especial, van haciendo concreto lo que, en principio, parece irremediabilmente abstracto.

De esta forma, las jurisprudencias estudiadas de la Corte IDH y los precedentes interamericanos en relación al alcance y protección del derecho a la dignidad humana tienen lugares comunes sobre su aplicación en situaciones determinadas.

Como primer fallo, el caso Velázquez Rodríguez marca la línea interpretativa de la Corte en relación con el derecho a la dignidad humana y la caracterización especial por tratarse de prácticas de desaparición forzada, en parte como respuesta a la grave situación de muchos países de Latinoamérica como consecuencia de las dictaduras militares y las graves prácticas violatorias de los derechos humanos.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte IDH muestra varias ambivalencias al momento de materializar la dignidad humana, en parte, hay que reconocerlo, por tratarse de violaciones difíciles de probar por problemas de antigüedad de los hechos. Así, la Corte IDH prefiere en algunos casos apelar a la falta de pruebas para evitar un pronunciamiento de fondo demasiado problemático. En otros casos, la Corte IDH arguye la falta de colaboración de las autoridades

nacionales y valora el contexto del momento donde sucedieron los hechos u opta por presumir y condenar al Estado por omisión de su deber de respeto y garantía de los derechos humanos.

Ante los problemas probatorios de falta de claridad frente a los hechos que configuran la violación a los tratados internacionales en la actualidad diferentes tribunales, tanto a nivel internacional como nacional, se han visto en la tarea de ampliar las perspectivas de interpretación y para ella han utilizado diferentes criterios de decisión: *pro homine*, *pro operario*, *pro diversidad*, *pro infante*, posición preferente, especial vulnerabilidad, etc. Dichos criterios buscan proteger la dignidad humana de las personas amenazadas y vulnerables desde diferentes formas. Al respecto, la jueza Cecilia Medina advierte:

“si tenemos en consideración que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, y que ambos apuntan a la protección de los derechos humanos, no puede sino concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo (interpretación pro persona). Siendo esto así, se sigue que la formulación y el alcance de los derechos deben interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva (...) La interpretación pro persona es, así, una característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento”
(MEDINA, 2003, p. 9).

En consecuencia, la dignidad aparece no sólo como un derecho o un principio reconocido en los tratados internacionales sino además renace como criterio de interpretación a favor del sentido más amplio de los derechos humanos. En líneas generales, es innegable que los postulados generales y abstractos de los tratados internacionales de protección que resguardan la dignidad humana de todas las personas tienen una gama de colores cuando se trata de aplicarlos en casos concretos. Sin embargo, más allá de las tensiones presentadas, apelar al respeto de la dignidad humana en la actualidad constituye una salida positiva a favor de los derechos humanos.

No obstante, y como lo señalamos al inicio del ensayo, aún quedan demasiadas preguntas por resolver. A nivel teórico, por ejemplo, parece necesario desarrollar una reconstrucción histórica y socio-política que complemente y ayude a explicar de una mejor forma las tres tensiones identificadas de la dignidad humana. Este tipo de análisis, permitiría, entre otras cosas, desarrollar una mejor comprensión de las funciones discursivas de estas tres tensiones, en especial, respecto al discurso de los derechos humanos. En el mismo sentido, desde esta más amplia perspectiva seguramente se podría realizar una valoración crítica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tuviera en cuenta no sólo aquellas instancias en las que la Corte explícitamente ha usado el concepto de “dignidad”, sino también todas aquellas en las que, habiendo podido utilizarlo, optó (consciente o inconscientemente) por no hacerlo. Incluso, desde esta perspectiva, sería deseable incluir en el análisis el rol de la Comisión Interamericana. En definitiva, como lo señalamos también al inicio de nuestro ensayo, el debate está abierto, y no es poco lo que está en juego.

REFERENCIAS

- ARENDT, Hannah. 1949. The Rights of Man: What Are They?. **Modern Review**, v. 3, n. 1, p. 24-36.
- ASÍS, R. 2001. **Sobre el concepto & el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista**. Madrid: Dykinson.
- BAKER, H. 1961. **The Image of Man. A Study of the Idea of Human Dignity in Classical Antiquity, the Middle Ages & The Renaissance**. New York: Harper Torchbooks.
- BOBBIO, N. 1991. Igualdad y dignidad de los Hombres. In: _____. **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema.
- CAMPOY, I. 2005. Una revision de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos. **Anuario de Filosofía del Derecho**, v. 21, BOE, Madrid, p. 143-166.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2005. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- DONELLY, Jack. 2003. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. Ithaca: Cornell University Press, 2. Ed.
- FERNÁNDEZ, E. 2001. **Dignidad humana y Ciudadanía cosmopolita**. Madrid: Dykinson, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”.
- GLENDON, Mary Ann. 1999. Foundations of Human Rights: The Unfinished Business. **American Journal of Jurisprudence**, v. 44, p. 1-13.
- GONZÁLEZ PEREZ, J. 1986. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. 2005. **Dignidad de la persona y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons.
- HOERSTER, N. 1992. Acerca del significado del principio de la dignidad humana. In: SEÑA, J. **En defensa del positivismo jurídico**. Barcelona: Gedisa, p. 91-103.
- KANT, I. 2002. **Crítica de la razón práctica**. Madrid: Alianza.
- _____. 2003. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Madrid: Ed. Encuentro, “Opúscula Filosófica”, n. 18.
- KRAYNAK, R. P.; TINDER, G. (Eds.). 2003. **In Defense of Human Dignity**. Indiana: University of Notre Dame Press.
- LEE, Man Yee Karen. 2008. Universal Human Dignity: Some Reflections in the Asian Context. **Asian Journal of Comparative Law**, v. 3, n. 1, p. 1-33.
- LUFKIN S. 2002. **Refuting Peter Singer’s Ethical Theory. The importance of Human Dignity**. Londres: Ed. Praeger.
- MARINA, J. A.; DE LA VÁLGOMA, M.. 2000. **La lucha por la dignidad**. Barcelona: Anagrama.

- MEDINA, Cecilia Quiroga. 2003. **La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia**. Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- MELENDO, T. 1994. Metafísica de la dignidad humana. **Anuario Filosófico**, Navarra, v. 27, n. 1, p. 15-34.
- MENDES, Errol P. 2000. Taking Equality Into the 21st Century: Establishing the Concept of Equal Human Dignity. **National Journal of Constitutional Law**, Ottawa, v. 12, p. 10-12.
- MILL, J. S. 1991. **El utilitarismo**. Madrid: E., Alianza Editorial.
- MOLTAMANN, J. 1983. **La dignidad humana**. Salamanca: Ed. Sigueme.
- MURCHLAND, B. (Ed.). 1966. **Two Views of Man: Pope Innocent III, On the Misery of Man Giannozzo Manetti, On the Dignity of Man**. New York: Frederick Ungar Publishing.
- MUZZAFAR, C. 2002. **Rights, Religion and Reform: Enhancing Human Dignity through Spiritual and Moral Transformation**. New York: Routledge Curzon.
- PAREKH, Serena. 2007. Resisting 'Dull and Torpid' Assent: Returning to the Debate Over the Foundations of Human Rights. **Human Rights Quarterly**, Cincinnati, v. 29, p. 763-764.
- PECES-BARBA, G. 1995. **Curso de derechos fundamentales, teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, BOE.
- _____. 2003. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. Madrid: Dykinson, "Cuadernos Bartolomé de las Casas".
- _____. 2005. Dignidad humana, *In*: TAMAYO, J.J. **10 palabras claves sobre Derechos Humanos**. Pamplona: Editorial Verbo Divino, p. 56-76.
- PICO DELLA MIRANDOLA, G. 1984. **De la dignidad del Hombre**. MARTÍNEZ GÓMEZ, L. (Ed.), Madrid: Editora Nacional, "Biblioteca de la Literatura y el Pensamiento Universal".
- RAWLS, J. 1996. **El liberalismo político**, Barcelona: Crítica.
- _____. 1999. **Justicia como equidad**, Madrid: Tecnos.
- SEN, Amartya. 2004. Elements of a Theory of Human Rights. **Philosophy and Public Affairs**, Cambridge, v. 32, p. 315-353.
- SINGER, P. (Ed.). 1995. **Compendio de Ética**. Madrid: Alianza Editorial.
- _____. 2003. **Desacralizar la vida humana**. Madrid: Catedra, "Teorema".
- SKINNER, B. F. 1975. **Más allá de la libertad y la dignidad**. Barcelona: Fontanella.
- SMITH, M.A. 1995. **Human Dignity and the Common Good in the Aristotelian-Thomistic Tradition**. Lewiston: Mellen University Press.
- SOULEN, Kendall; WOODHEAD, L. 2006. **God and Human Dignity**. Grand Rapids: Wm. B. Eerdmans Publishing Company.
- SPAEMANN, R. 1988. Sobre el concepto de dignidad humana. **Persona y Derecho**, Navarra, n. 19, p. 13-33.

STEVENSON, L.; HABERMAN, D. L. 1998. **Diez teorías sobre la naturaleza humana**. Madrid: Cátedra.

TORRALBA, F. 2005. **¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer**. Barcelona: Herder.

VERGÉS, S. 1988. La dignidad del Hombre Según Kant. **Letras de Deusto**, Bilbao, v. 18, n. 42, Sept-Dic., p. 5-19.

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [Corte IDH]. 1988. **Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentencia. 29 Jul.

_____. 1995a. **Neira Alegría y otros Vs. Perú**. Sentencia. 19 Ene.

_____. 1995b. **Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia**. Sentencia. 8 Dic.

_____. 1999. **“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala**. Sentencia. 19 Nov.

_____. 2006. **Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú**. Sentencia. 25 Nov.

NOTAS

1. En el presente texto se han querido tomar como sinónimos los adjetivos de “artificial”, “consensual” y “positivo”. Entendemos que esto no necesariamente tiene que ser así. Sin embargo, tomamos en todos ellos el aspecto que nos interesa en el contexto del presente artículo, a saber, su contrastar con la idea de que la dignidad humana es algo “natural”.

2. “Artículo 22. *Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”.

3. “Artículo 23. 1. *Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo*. 2. *Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a*

igual salario por trabajo igual. 3. *Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social*. 4. *Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses*”.

4. “Artículo 26. *Desarrollo Progresivo*. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

ABSTRACT

This article is the result of the research conducted on “Human Dignity: Philosophical conceptualization and the implementation of law” promoted by the POLITEIA Research Group from the School of Philosophy at the Universidad Industrial de Santander, classified as category B by COLCIENCIAS. This text formulates a three-strand conceptual reconstruction of the concept of human dignity: i) the tension between its natural and artificial character (either consensual or positive), ii) the tension between its abstract and concrete character, and iii) the tension between its universal and individual character. First, the main theoretical elements of these tensions are outlined. After that, the tensions are illustrated using four Instruments of International Human Rights Law and five trials by the Inter-American Court of Human Rights. Finally, conclusions regarding the tensions are presented.

KEYWORDS

Human Dignity – Conceptual tensions – International Human Rights Instruments – Jurisprudence – Inter-American Court of Human Rights.

RESUMOS

Este artigo é resultado da pesquisa “Dignidad Humana: conceptualización filosófica y aplicación jurídica” apresentada pelo Grupo de Pesquisa POLITEIA da Escola de Filosofia da Universidade Industrial de Santander, classificado na categoria B por COLCIENCIAS. Neste texto, fazemos uma reconstrução conceitual de três tensões inerentes ao conceito de dignidade humana: i) a tensão entre seu caráter natural e seu caráter artificial (ou consensual ou positivo); ii) a tensão entre seu caráter abstrato e seu caráter concreto; e iii) a tensão entre seu caráter universal e seu caráter particular. Em um primeiro momento, expomos os principais elementos teóricos destas tensões. Posteriormente, tais tensões são ilustradas mediante quatro instrumentos de Direito Internacional de Direitos Humanos e cinco sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No final, apresentamos conclusões.

PALAVRAS-CHAVE

Dignidade humana – Tensões conceituais – Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos – Jurisprudência – Corte Interamericana de Direitos Humanos.



DEBORA DINIZ

Debora Diniz es Doctora en Antropología, Profesora de la Universidad de Brasília e investigadora del Anis – Instituto de Bioética, Derechos Humanos y Género.



LÍVIA BARBOSA

Lívia Barbosa es Doctoranda de Política Social en la Universidad de Brasília e investigadora del Anis – Instituto de Bioética, Derechos Humanos y Género.



WEDERSON RUFINO DOS SANTOS

Wederson Rufino dos Santos es Doctorando de Sociología de la Universidad de Brasília, Trabajador Social de la Secretaría de Salud del Distrito Federal e investigador del Anis – Instituto de Bioética, Derechos Humanos y Género.

Email: anis@anis.org.br

RESUMEN

El objetivo de este artículo es demostrar cómo el campo de los estudios sobre discapacidad ha consolidado el concepto de discapacidad como desventaja social. Por medio de una revisión de las principales ideas del modelo social de la discapacidad, el artículo traza una génesis del concepto de discapacidad como restricción de participación al cuerpo con deficiencias, tal como adoptado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, ratificada por Brasil en 2008.

Original en Portugués. Traducido por Gabriela Segre.

Recibido en septiembre de 2009. Aceptado en diciembre de 2009.

PALABRAS-CLAVE

Discapacidad – Modelo social de la discapacidad – Modelo biomédico de la discapacidad – Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

DISCAPACIDAD, DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA¹

Debora Diniz, Livia Barbosa y
Wederson Rufino dos Santos

1 Introducción

Habitar un cuerpo con deficiencias físicas, mentales o sensoriales es una de las muchas formas de estar en el mundo. Entre las narrativas sobre la desigualdad que se expresan en el cuerpo, los estudios sobre discapacidad fueron los que más tardíamente surgieron en el campo de las ciencias sociales y humanas. Herederos de los estudios de género, feministas y antirracistas, los teóricos del modelo social de la discapacidad provocaron una redefinición del significado de habitar un cuerpo que había sido considerado, por mucho tiempo, anormal (DINIZ, 2007, p. 9). Así como para el sexismo o el racismo, esa nueva expresión de la opresión al cuerpo llevó a la creación de un neologismo, aún sin traducción para la lengua portuguesa o española: *disablism* (DINIZ, 2007, p. 9). El *disablism* es el resultado de la cultura de la normalidad, en la que las deficiencias corporales son el blanco de la opresión y discriminación². La anormalidad, entendida ora como una expectativa biomédica de estándar de funcionamiento de la especie, ora como un precepto moral de productividad y adecuación a las normas sociales, fue desafiada por la comprensión de que la discapacidad no es apenas un concepto biomédico, sino la opresión por el cuerpo con variaciones de funcionamiento. La discapacidad traduce, por lo tanto, la opresión al cuerpo con deficiencias: el concepto del cuerpo con discapacidad o persona con discapacidad deben ser entendidos en términos políticos y ya no estrictamente biomédicos.

Esa transición del cuerpo con deficiencias como un problema médico para la discapacidad como el resultado de la opresión es aún inquietante para la formulación de políticas públicas y sociales (DINIZ, 2007, p. 11)³. Discapacidad no se resume al

Ver las notas del texto a partir de la página 77.

catálogo de enfermedades y lesiones de una pericia biomédica del cuerpo (DINIZ *et al*, 2009, p. 21) es un concepto que denuncia la relación de desigualdad impuesta por ambientes con barreras a un cuerpo con deficiencias. Por eso, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas menciona la participación como parámetro para la formulación de políticas y acciones dirigidas a esa población, definiendo a las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU], 2006^a, artículo 1º.). Discapacidad no es apenas lo que la mirada médica describe, sino principalmente la restricción a la participación plena provocada por las barreras sociales.

Brasil ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2008. Esto significa que un nuevo concepto de discapacidad debe orientar las acciones del Estado para la garantía de justicia a esa población. Según datos del Censo 2000, el 14,5% de los brasileños presentan deficiencias consideradas como discapacidad (INSTITUTO BRASILEÑO DE GEOGRAFÍA Y ESTADÍSTICA [IBGE], 2000). Los criterios utilizados por el Censo 2000 para recuperar la magnitud de la población con deficiencias en el país fueron marcadamente biomédicos, tales como la gradación de dificultades para ver, oír o desplazarse. Esto se debe no solamente al modelo biomédico en vigor para la elaboración y gestión de las políticas públicas para esa población en Brasil, sino principalmente a la dificultad de medir qué significa *restricción de participación* como resultado de la interacción del cuerpo con el ambiente social.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no ignora las especificidades corporales, por esto menciona “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales” (ONU, 2006a, artículo 1º). Es de la interacción entre el cuerpo con deficiencias y las barreras sociales que se restringe la participación plena y efectiva de las personas. El concepto de discapacidad, según la Convención, no debe ignorar las deficiencias y sus expresiones, pero no se resume a su catalogación. Esa redefinición de discapacidad como una combinación entre una matriz biomédica, que cataloga las deficiencias, y una matriz de derechos humanos, que denuncia la opresión, no fue una creación solitaria de la Organización de las Naciones Unidas. Durante más de cuatro décadas, el llamado modelo social de la discapacidad provocó el debate político académico internacional sobre la insuficiencia del concepto biomédico de discapacidad para la promoción de la igualdad entre personas con y sin deficiencias (BARTON, 1998, p. 25; BARNES *et al*, 2002, p.4).

El modelo biomédico de la discapacidad sostiene que hay una relación de causalidad y dependencia entre la deficiencia física y las desventajas sociales vivenciadas por las personas con discapacidad. Esta fue la tesis criticada por el modelo social, que no sólo desafió el poder médico sobre el cuerpo, sino principalmente demostró en qué medida el cuerpo no es un destino de exclusión para las personas con deficiencias (BARNES *et al*, 2002, p. 9; TREMAIN, 2002 p. 34). Las deficiencias son significadas como desventajas naturales por ambientes sociales restrictivos a la participación plena, lo que históricamente las ha traducido como mala suerte o tragedia personal

(BARNES *et al*, 2002, p. 6). Si, en el siglo XIX, el discurso biomédico representó una redención al cuerpo con deficiencia delante de la narrativa religiosa del pecado o de la ira divina, hoy, es la autoridad biomédica que se ve objetada por el modelo social de la discapacidad (FOUCAULT, 2004, p. 18). La crítica a la medicalización del cuerpo con discapacidad demuestra la insuficiencia del discurso biomédico para la evaluación de las restricciones de participación impuestas por ambientes sociales con barreras. Por ello, para la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, la desventaja no es inherente a los contornos del cuerpo, sino el resultado de valores, actitudes y prácticas que discriminan el cuerpo con deficiencia (DINIZ *et al*, 2009, p. 21).

El objetivo de este artículo es demostrar cómo el campo de los estudios sobre la discapacidad consolidó la comprensión de la discapacidad como desventaja social, cuestionando la hegemonía discursiva de la biomedicina sobre lo normal y lo patológico. Por medio de una revisión histórica de las principales ideas del modelo social de la discapacidad, el artículo busca trazar un panorama del concepto de discapacidad como restricción de participación al cuerpo con deficiencias. Este fue el concepto adoptado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, ratificada por Brasil en 2008.

2 Discapacidades y Deficiencias físicas

Hay por lo menos dos maneras de comprender la discapacidad. La primera se entiende como una manifestación de la diversidad humana. Un cuerpo con deficiencias es el de alguien que vivencia deficiencias de orden física, mental o sensorial. Pero son las barreras sociales que, al ignorar los cuerpos con deficiencias, provocan la experiencia de la desigualdad. La opresión no es un atributo del cuerpo, sino resultado de sociedades no inclusivas. Ya la segunda forma de entender la discapacidad sostiene que ella es una desventaja natural, debiendo concentrar los esfuerzos en reparar las deficiencias, a fin de garantizar que todas las personas tengan un estándar de funcionamiento típico a la especie. En este movimiento interpretativo, las deficiencias son clasificadas como indeseables y no simplemente como una expresión neutra de la diversidad humana, tal como se debe entender la diversidad racial, generacional o de género. Por esto, el cuerpo con deficiencias se debe someter a la metamorfosis para la normalidad, sea por la rehabilitación, por la genética o por las prácticas educacionales. Estas dos narrativas no son excluyentes, aunque apunten para diferentes ángulos del desafío impuesto por la discapacidad en el campo de los derechos humanos.

Para la primera comprensión, la del modelo social de la discapacidad, la garantía de la igualdad entre personas con y sin deficiencias no debe resumirse a la oferta de bienes y servicios biomédicos: así como la cuestión racial, generacional o de género, la discapacidad es esencialmente una cuestión de derechos humanos (DINIZ, 2007, p. 79). Los derechos humanos poseen una alegación de validez universal importante, que devuelven la responsabilidad por las desigualdades a las construcciones sociales opresoras (SEN, 2004). Esto significa que las deficiencias solamente adquieren significado cuando se convierten en experiencias por la

interacción social. No todo cuerpo con deficiencias vivencia la discriminación, la opresión o la desigualdad por la discapacidad, ya que hay una relación de dependencia entre el cuerpo con deficiencias y el grado de accesibilidad de una sociedad (DINIZ, 2007, p. 23). Cuanto mayores sean las barreras sociales, mayores serán las restricciones de participación impuestas a los individuos con deficiencias.

Para la segunda comprensión, la del modelo biomédico de la discapacidad, un cuerpo con deficiencias debe ser objeto de intervención de los saberes biomédicos. Las deficiencias son clasificadas por la orden médica, que describe las alteraciones y las enfermedades como desventajas naturales e indeseadas. Se ofrecen prácticas de rehabilitación o curativas e incluso se le imponen a los cuerpos, con el intuito de revertir o atenuar las señales de anormalidad. Cuanto más fiel el simulacro de normalidad, mayor el éxito de la medicalización de las deficiencias (THOMAS, 2002, p. 41). En la ausencia de posibilidades biomédicas, las prácticas educacionales componen otro universo de docilización de los cuerpos: la controversia sobre la oralización o la enseñanza de la lengua de señas es un ejemplo de cómo diferentes narrativas disputan la respuesta sobre cómo los sordos deben habitar sociedades no bilingües (LANE, 1997, p. 154). Esa fue, incluso, una disputa contemplada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoció la importancia de “facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas” (ONU, 2006a, artículo 24, 3b).

La discapacidad ya fue considerada como un drama personal o familiar, con explicaciones religiosas que la aproximaron ora del infortunio, ora de la bendición divina en casi todas las sociedades (LAKSHMI, 2008). La objeción de la narrativa mística y religiosa por la narrativa biomédica fue recibida como un paso importante para la garantía de la igualdad (BARTON, 1998, p. 23; COURTINE, 2006, p. 305). Las causas de las deficiencias no estarían más en el pecado, en la culpa o en la mala suerte, sino en la genética, en la embriología, en las enfermedades degenerativas, en los accidentes de tránsito o en el envejecimiento. La entrada de la mirada médica marcó la dicotomía entre normal y patológico en el campo de la discapacidad, ya que el cuerpo con deficiencias solamente se delinea cuando se contrasta con una representación del cuerpo sin deficiencias. El desafío está ahora en rechazar la descripción de un cuerpo con deficiencias como anormal. La anormalidad es un juicio estético y, por lo tanto, un valor moral sobre los estilos de vida, no el resultado de un catálogo universal y absoluto sobre los cuerpos (DINIZ, 2007, p. 23).

3 La Génesis del Modelo Social

Una de las tentativas iniciales de aproximar la discapacidad de la cultura de los derechos humanos fue hecha en Inglaterra en la década de 1970 (UNION OF THE PHYSICALLY IMPAIRED AGAINST SEGREGATION [UPIAS], 1976). La primera generación de teóricos del modelo social de la discapacidad tenía fuerte inspiración en el materialismo histórico y buscaba explicar la opresión por medio de los valores centrales del capitalismo, tales como las ideas de los cuerpos productivos y funcionales (DINIZ, 2007, p. 23). Los cuerpos con deficiencias serían inútiles a la lógica productiva en una estructura económica poco sensible a la diversidad. Por otro

lado, el modelo biomédico afirmaba que la experiencia de segregación, desempleo, baja escolaridad, entre tantas otras variantes de la desigualdad, era causada por la inhabilidad del cuerpo con deficiencias para el trabajo productivo. Hoy, la centralidad en el materialismo histórico y en la crítica al capitalismo se considera insuficiente para analizar los desafíos impuestos por la discapacidad en ambientes con barreras, pero se reconoce la originalidad de ese primer movimiento de distanciamiento de los saberes biomédicos (CORKER; SHAKESPEARE, 2002, p. 3).

Otros abordajes pasaron a componer el campo de los estudios sobre la discapacidad, pero el modelo social se mantuvo hegemónico. Diferentemente de la matriz del materialismo histórico de los teóricos de la primera generación, abordajes feministas y culturalistas ganaron espacio en los debates, ampliando las narrativas sobre los sentidos de la discapacidad en culturas de la normalidad (CORKER; SHAKESPEARE, 2002, p. 10). Así fue que, por un lado, las deficiencias pasaron a ser descritas como atributos corporales neutros, así como las narrativas de género y antirracistas; y, por otro lado, la discapacidad pasó a resumir la opresión y la discriminación sufrida por las personas con deficiencias en ambientes con barreras. El modelo social de la discapacidad, al resistir a la reducción de la discapacidad a las deficiencias, ofreció nuevos instrumentos para la transformación social y la garantía de derechos. No era la naturaleza quien oprimía, sino la cultura de la normalidad, que describía algunos cuerpos como indeseables.

Ese cambio de causalidad de la discapacidad, desplazando la desigualdad del cuerpo para las estructuras sociales, tuvo dos consecuencias. La primera fue la de fragilizar la autoridad de los recursos curativos y correctivos que la biomedicina comúnmente ofrecía como única alternativa para el bienestar de las personas con discapacidad. Para esas personas, no era posible negar los beneficios de los bienes y servicios biomédicos, pero la exclusividad que la cura y la rehabilitación poseían, endosaba la idea de la deficiencia como anormal y patológica (CANGULHEM, 1995, p. 56). La segunda consecuencia fue la de que el modelo social abrió posibilidades analíticas para una redesccripción del significado de habitar un cuerpo con deficiencias. El drama privado y familiar de la experiencia de estar en un cuerpo con deficiencias provocaba los límites del significado del cuidado en la vida doméstica, muchas veces condenando las personas con mayor dependencia al abandono y al enclaustramiento. Al denunciar la opresión de las estructuras sociales, el modelo social mostró que las deficiencias son una de las muchas formas de vivenciar el cuerpo.

La tesis central del modelo social permitió el desplazamiento del tema de la discapacidad de los espacios domésticos para la vida pública. La discapacidad no es materia de vida privada o de cuidados familiares, sino una cuestión de justicia (NUSSBAUM, 2007, p. 35). Ese paso simbólico de la *casa* a la *calle* sacudió varias presuposiciones biomédicas sobre la discapacidad. Se afirmó, por ejemplo, que la discapacidad no es anormalidad, no resumiéndose al estigma o a la vergüenza por la diferencia. La crítica al modelo biomédico no significa ignorar cuánto los avances en esa área garantizan bienestar a las personas (DINIZ; MEDERIOS, 2004a, p.1155). Las personas con deficiencias sienten dolor, se enferman, y algunas necesitan de cuidados permanentes (KITAY, 1998, p. 9). Sin embargo los bienes y servicios biomédicos son respuestas a las necesidades de la salud, por lo

tanto, derechos universales. Diferentemente de las personas sin discapacidad, las deficiencias se constituyen en estilos de vida para quienes los experimentan. Por eso hay teóricos del modelo social que explotan la idea de la discapacidad como identidad o comunidad, tal como las identidades culturales (LANE, 1997, p. 160).

Con el modelo social, la discapacidad pasó a ser comprendida como una experiencia de desigualdad compartida por personas con diferentes tipos de deficiencias: no son ciegos, sordos o personas con lesiones medulares enclaustrados en sus particularidades corporales, sino personas con deficiencias, discriminadas y oprimidas por la cultura de la normalidad. Así como hay una diversidad de contornos para los cuerpos, hay una multiplicidad de formas de habitar un cuerpo con deficiencias. Fue en esa aproximación de estudios sobre discapacidad de los estudios culturalistas que el concepto de opresión adquirió legitimidad argumentativa: a pesar de las diferencias ontológicas impuestas por cada deficiencia de naturaleza física, mental o sensorial, la experiencia del cuerpo con deficiencias es discriminada por la cultura de la normalidad. El dualismo de lo normal y de lo patológico, representado por la oposición entre el cuerpo sin y con deficiencias, permitió la consolidación del combate a la discriminación como objeto de intervención política, tal como previsto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006a). Más allá de las formas tradicionales de discriminación, el concepto de discriminación presente en la Convención incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables, lo que demuestra el reconocimiento de las barreras ambientales como una causa evitable de las desigualdades experimentadas por las personas con discapacidad.

El modelo social sostenía originalmente que un cuerpo con deficiencias no sería apto al régimen de explotación y producción del capitalismo (BARTON; OLIVER, 1997). La centralidad de la crítica al capitalismo fue provocada por los estudios culturales, que desplazaron aún más la discapacidad de la autoridad biomédica sobre el cuerpo. Con eso, las deficiencias físicas, mentales y sensoriales pasaron a ser diferenciadas de la opresión por la discapacidad: es posible que un cuerpo con deficiencias no experimente la opresión, dependiendo de las barreras sociales y de la crítica a la cultura de la normalidad en cada sociedad (DINIZ, 2007, p. 77). Los teóricos del modelo social ofrecieron evidencias para la tesis de que habitar un cuerpo con deficiencias no significa recibir una sentencia de segregación (YOUNG, 1990, p. 215). En las últimas dos décadas, el crecimiento de la agenda de estudios poblacionales sobre envejecimiento fortaleció la estrategia argumentativa del modelo social de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos: un cuerpo con deficiencias es condición de posibilidad para la experiencia de la vejez (WENDELL, 2001, p. 21; DINIZ; MEDEIROS, 2004b, p.110).

4 La Organización Mundial de la Salud y el Modelo Social

La Organización Mundial de la Salud (OMS) tiene dos clasificaciones de referencia para la descripción de las condiciones de salud de los individuos: Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y problemas relacionados con la salud (CIE-10), y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF). La CIF fue aprobada en 2001 y anticipa el principal desafío político de la definición

de discapacidad propuesta por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: el documento establece criterios para medir las barreras y la restricción de participación social. Hasta la publicación de la CIF, la OMS adoptaba un lenguaje estrictamente biomédico para la clasificación de las deficiencias, por eso el documento se considera un marco en la legitimación del modelo social en el campo de la salud pública y de los derechos humanos (DINIZ, 2007, p. 53).

La transición del modelo biomédico hacia el modelo social de la discapacidad fue resultado de un extenso debate político en las etapas consultivas de la CIF. El documento que la antecedió, la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la OMS (CIDD-1), suponía una relación de causalidad entre *impairments*, *disabilities* y *handicaps* (deficiencias, discapacidades y minusvalías) (OMS, 1980). En ese modelo interpretativo de la discapacidad, un cuerpo con deficiencias experimentaría restricciones de habilidades que llevaban a desventajas sociales. La desventaja sería resultado de las deficiencias, por eso el énfasis en los modelos curativos o de rehabilitación. Durante casi 30 años, el modelo biomédico de la discapacidad fue soberano para las acciones de la OMS, lo que significó la hegemonía de un lenguaje centrado en la rehabilitación o en la cura de las deficiencias para las políticas públicas de diversos países vinculados. En Brasil, el modelo biomédico fundamenta las investigaciones poblacionales, las acciones de asistencia y, en gran parte, las políticas de educación y salud para la discapacidad (FARIAS; BUCHALLA, 2005, p. 192).

El lenguaje propuesto por la CIDD-1 en 1980 fue motivo de severas críticas del emergente campo de los estudios sobre discapacidad (OMS, 1980). Hubo diferentes niveles en el debate, pero uno de ellos fue particularmente incorporado por el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: la sensibilidad lingüística para la descripción de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y no sólo biomédica. Así como en los estudios raciales y de género, la relación entre los discursos sobre la naturaleza y la cultura impone un péndulo permanente entre lo que se define como destino de cuerpo u opresión social al cuerpo. Si, en la década de 1960, el cuerpo fue la materia donde los discursos sobre género se instauraban, hoy, la comprensión es que también él es una construcción narrativa sobre la opresión sexual (BUTLER, 2003, p. 186). La dicotomía naturaleza y cultura fue deconstruida en sus propios términos narrativos: se ignora el carácter primordial del sexo como materia constitutiva de la existencia de los géneros. Sexo y género son categorías intercambiables para el análisis del sexismo (BUTLER, 2003, p. 25).

Un movimiento analítico, semejante fue provocado en el campo de los estudios sobre discapacidad para el enfrentamiento del *disablism*, la ideología que oprime el cuerpo con deficiencias. Para los primeros teóricos del modelo social, el cuerpo debería ser ignorado, ya que se suponía que su emergencia en los debates favorecería la comprensión biomédica de las deficiencias como tragedia personal (DINIZ, 2007, p. 43). En esta comprensión, hablar del cuerpo, del dolor, de la dependencia, del cuidado o de las fragilidades sería subsumir a la autoridad biomédica de control de las deficiencias como desvío o anormalidad (WENDELL, 1996, p. 117; MORRIS, 2001, p. 9). El resultado fue un silenciamiento sobre el cuerpo como instancia de la habitabilidad, como autoridad discursiva para las

deficiencias y como contorno para la existencia con deficiencias físicas, mentales o sensoriales. El simulacro de la normalidad para todos los cuerpos fue la tónica de los debates y de las luchas políticas de la década del 1970 para el modelo social.

Sin embargo ese silencio fue desafiado con la entrada de otras perspectivas analíticas al modelo social, en especial con el feminismo. No por coincidencia, el modelo social de la discapacidad tuvo inicio con hombres adultos, blancos y portadores de lesión medular (DINIZ, 2007, p. 60), un grupo de personas para quienes las barreras sociales serían esencialmente físicas y mensurables. La inclusión social de esas personas no subvertiría el orden social, ya que, en el caso de ellos, el simulacro de la normalidad era eficiente para demostrar el éxito de la inclusión. Aún hoy, las señales de tránsito o las representaciones públicas de la discapacidad indican una persona en silla de ruedas como ícono. La metonimia de la discapacidad por la persona en silla de ruedas no debe ser subestimada en una cultura de la normalidad repleta de barreras a la participación social de personas con otras deficiencias, para quienes tales barreras no son apenas físicas, sino de orden simbólico o comportamental.

Las primeras teóricas feministas del modelo social fueron las que lanzaron la cuestión de las deficiencias intelectuales y del cuidado en el centro de las discusiones (KITTA, 1998, p. 29). Seriamente considerar la diversidad de deficiencias no se resolvía con el simulacro de la normalidad, ya que era preciso desafiar la cultura de la normalidad. Las barreras sociales para la inclusión de una persona con deficiencias mentales graves son múltiples, de difícil mensura y permean todas las esferas de la vida pública. Fue así que las narrativas sobre el cuerpo con deficiencias y el tema del cuidado como una necesidad humana pasaron a ser discutidos en el campo de los estudios sobre discapacidad. No obstante, considerar el cuidado como una necesidad humana es también aproximar la cuestión de la discapacidad a los estudios de género y sobre las familias. El tema de la igualdad de género es un plano de fondo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, desde el preámbulo hasta las secciones específicas sobre la protección a las niñas y mujeres con discapacidad y el papel de las familias de las personas con discapacidad (ONU, 2006a).

La CIF surge entonces, de cómo resultado de un largo proceso de reflexión sobre las potencialidades y los límites de los modelos biomédico y social de la discapacidad. En una posición de diálogo entre los dos modelos, la propuesta del documento es lanzar un vocabulario biopsicosocial para la descripción de las deficiencias corporales y la evaluación de las barreras sociales y de la participación. A pesar de la diversidad de experiencias de las personas con deficiencias relativas tanto al cuerpo cuanto a las sociedades, la CIF tiene ambiciones universales (CENTRO COLABORADOR DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD PARA LA FAMILIA DE CLASIFICACIONES INTERNACIONALES, 2003, p. 18). Sin embargo esa pretensión universal puede ser entendida de dos maneras. La primera, como un reconocimiento de la fuerza política del modelo social de la discapacidad para la revisión del documento: de una clasificación de cuerpos anormales (ICIDH) para una evaluación compleja de la relación entre el individuo y la sociedad (CIF). Una persona con discapacidad no es simplemente un cuerpo con deficiencias, sino una persona con deficiencias viviendo en un ambiente con barreras. La segunda manera de comprender la afirmación universalista de CIF es

también resultado del modelo social: el cuerpo con deficiencias no es una tragedia individual o la expresión de una alteridad distante, sino una condición de existencia para quien experimenta los beneficios del progreso biotecnológico y envejecer. Vejez y discapacidad son conceptos aproximados por la CIF y por la nueva generación de teóricos de la discapacidad (DINIZ, 2007, p. 70).

Sin embargo, en ese proceso de revisión de la CIDD-1 para la CIF una de las cuestiones más delicadas fue sobre cómo describir el fenómeno de la discapacidad. El mismo desafío fue la elaboración de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La ICIDH utilizaba los términos *impairments*, *disabilities* y *handicaps*. La demanda del modelo social de la discapacidad era por describir las deficiencias como una variable neutra de la diversidad corporal humana, entendiendo el cuerpo como una instancia de la habilidad individual – por lo tanto, diversa en su condición. El sistema propuesto por la CIDD-1 clasificaba la diversidad corporal como consecuencia de enfermedades o anomalías, además de considerar que las desventajas eran causadas por la incapacidad del individuo con lesiones de adaptarse a la vida social.

La revisión de la CIF intentó resolver esa controversia, incorporando las principales críticas hechas por el modelo social (CENTRO COLABORADOR DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD PARA LA FAMILIA DE CLASIFICACIONES INTERNACIONALES, 2003, p. 32). Por el nuevo vocabulario, discapacidad es un concepto que abarca las deficiencias, limitaciones de actividades o restricciones de participación. Es decir, la discapacidad no se resume a las deficiencias, ya que el resultado negativo de la inserción de un cuerpo con deficiencias en ambientes sociales poco sensibles a la diversidad corporal de las personas. El cuerpo es la esfera de la habilidad, pero no hay un carácter primordial en su existencia, ignorándose cualquier intento de resumirlo a un destino. Esa redefinición se conformó a la crítica propuesta por los teóricos del modelo social: discapacidad es una experiencia cultural y no apenas el resultado de un diagnóstico biomédico de anomalías. Fue también con ese espíritu que se abandonó el concepto de *handicap*, en especial en razón de su etimología, que remitía a las personas con deficiencias a mendicantes (“sombbrero en mano”) (DINIZ, 2007, p. 35).

En consonancia a la CIF, y como resultado de las discusiones internacionales entre los modelos biomédico y social, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad propuso el concepto de discapacidad que reconoce la experiencia de la opresión sufrida por las personas con deficiencias. El nuevo concepto supera la idea de deficiencia como sinónimo de discapacidad, reconociendo en la restricción de participación el fenómeno determinante para la identificación de la desigualdad por la discapacidad. La importancia de la Convención está en ser un documento normativo de referencia para la protección de los derechos de las personas con discapacidades en varios países del mundo. En todos los países signatarios, la Convención se toma como base para la construcción de las políticas sociales, en lo que se refiere a la identificación tanto del sujeto de la protección social como de los derechos que deben ser garantizados. La CIF, a su vez, ofrece herramientas objetivas para la identificación de las diferentes expresiones del *disablism*, posibilitando un mejor direccionamiento de las políticas.

5 Consideraciones Finales

El reconocimiento del cuerpo con deficiencias como expresión de la diversidad humana es reciente y todavía un desafío para las sociedades democráticas y para las políticas públicas. La historia de medicalización y normalización de los cuerpos con deficiencias por los saberes biomédicos y religiosos se sobrepuso a una historia de segregación de personas en instituciones de larga permanencia. Hace poco tiempo que las demandas de esas personas fueron reconocidas como una cuestión de derechos humanos. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas es un divisor de aguas en ese movimiento, ya que instituyó un nuevo marco de comprensión de la discapacidad (ONU, 2006a). Asegurar la vida digna no se resume más a la oferta de bienes y servicios médicos, sino que exige también la eliminación de barreras y la garantía de un ambiente social accesible a los cuerpos con deficiencias físicas, mentales o sensoriales.

La desventaja social vivenciada por las personas con discapacidad no es una sentencia de la naturaleza, sino el resultado de un movimiento discursivo de la cultura de la normalidad, que describe las deficiencias como impedimentos para la vida social. El modelo social de la discapacidad desafió las narrativas del infortunio, de la tragedia personal y del drama familiar que confinaron el cuerpo con deficiencias al espacio doméstico del secreto y de la culpa. Las propuestas de igualdad del modelo social no sólo propusieron un nuevo concepto de discapacidad en diálogo con las teorías sobre desigualdad y opresión, sino también revolucionaron la forma de identificación del cuerpo con deficiencias y su relación con las sociedades. La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mundial de Salud propuso un vocabulario para la identificación de las personas con discapacidad con el fin de orientar las políticas públicas de cada país. Desde el 2007, la CIF fue adoptada en la legislación brasileña para la implementación del Beneficio de Prestación Continuada (BPC), un beneficio asistencial de transferencia de renta a personas con discapacidad y personas mayores pobres. La tendencia es que la CIF sea utilizada tanto en la identificación de la discapacidad para la política de asistencia social como en todas las otras políticas públicas brasileñas.

La adopción de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce la cuestión de la discapacidad como un tema de justicia, derechos humanos y promoción de la igualdad. La Convención fue ratificada por Brasil en 2008, lo que exigirá la revisión de las legislaciones infraconstitucionales y el establecimiento de nuevas bases para la formulación de las políticas públicas destinadas a la población con discapacidad. Una de las exigencias de la Convención es la revisión inmediata del conjunto de leyes y acciones del Estado referentes a la población con discapacidad. El cumplimiento de esa medida traerá resultados directos para la garantía del bienestar y la promoción de la dignidad de las personas con discapacidad en Brasil.

REFERENCIAS

- BARNES, Colin; BARTON, Len; OLIVER, Mike. 2002. **Disability studies today**. Cambridge: Polity Press.
- BARTON, Len (Ed.). 1998. **Discapacidad & sociedad**. Madrid: Morata Editora.
- _____.; OLIVER, Mike. 1997. **The birth of disability studies**. Leeds: The Disability Press.
- BRASIL. 2007. Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 de set.
- BUTLER, Judith. 2003. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- CANGUILHEM, Georges. 1995. **O normal e o patológico**. São Paulo: Editora Forense Universitária.
- CENTRO COLABORADOR DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD PARA LA FAMILIA DE CLASIFICACIONES INTERNACIONALES (Org.). 2003. **CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.
- CORKER, Mairiam; SHAKESPEARE, Tom. 2002. Mapping the terrain. In: _____. **Disability/postmodernity: embodying disability theory**. Londres: Continuum. p. 01-17.
- COURTINE, Jean-Jacques. 2006. O corpo anormal - história e antropologia culturais da deformidade. In: _____.; CORBIN, Alain; VIGARELLO, Georges (Ed.). **A história do corpo**. São Paulo: Editora Vozes, v. 3, p. 253-340.
- DINIZ, Debora. 2007. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense.
- _____.; MEDEIROS, Marcelo. 2004a. Envelhecimento e alocação de recursos em saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, FIOCRUZ, v. 20, n. 5, Sept./ Oct. p. 1154-1155.
- _____.; _____. 2004b. Envelhecimento e deficiência. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). **Muito além dos 60: os novos idosos brasileiros**. Rio de Janeiro: Ipea. p. 107-120.
- _____.; _____.; SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, FIOCRUZ, v. 23, n. 10, Oct. 2007.
- _____.; PEREIRA, Natália; SANTOS, Wederson. 2009. Deficiência e perícia médica: os contornos do corpo. **Reciis**, v. 3, n. 2, p. 16-23.
- FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cassia Maria. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da Organização Mundial da Saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, São Paulo, v. 8, n. 2, Jun. 2005. p. 187-193.

- FOUCAULT, Michel. 2004. **O nascimento da clínica**. São Paulo: Editora Forense Universitária
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE]. 2000. **Censo demográfico de 2000**. Brasília: IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 7 Sept. 2009.
- KITTAY, Eva. 1998. **Love's labor: essays on women, equality and dependency**: Nueva York: Routledge.
- LAKSHMI: a menina-deusa. 2008. Documental: Discovery Channel, 45 min., Inglaterra.
- LANE, Harlan. 1997. Construction of deafness. In: DAVIS, Lennard. **The disability studies reader**. Nueva York: Routledge, p. 153-171.
- MORRIS, Jenny. 2001. Impairment and disability: constructing an ethics of care that promotes human rights. *Hypatia*, v. 16, n. 4, p. 1-16.
- NUSSBAUM, Martha. 2007. **Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión**: Barcelona: Paidós Iberica Ediciones.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES [ONU]. 2006a. **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Doc. A/61/611, Nueva York, 13 Dic.
- _____. 2006b. **Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Doc. A/61/611, Nueva York, 13 Dic.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD [OMS]. 1980. **International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps (ICIDH)**. Ginebra: OMS.
- SEN, Amartya. 2004. Elements of a Theory of Human Rights. *Philosophy and Public Affairs*; v. 32, n. 4, Otoño, p. 315-356.
- SHAKESPEARE, Tom. 2006. **Disability rights and wrongs**. Nueva York: Routledge.
- THOMAS, Carol. 2002. Disability theory: key ideas, issues and thinkers. In: BARNES, Colin; BARTON, Len; OLIVER, Mike. **Disabilities studies today**. Cambridge: Polity Press, p. 38-57.
- TREMAIN, Shelley. 2002. On the subject of impairment. In: CORKER, Mairiam; SHAKESPEARE, Tom (Ed.). **Disability/postmodernity: embodying disability theory**. Londres: Continuum.
- UNION OF THE PHYSICALLY IMPAIRED AGAINST SEGREGATION [UPIAS]. 1976. **Fundamental principles of disability**. Londres: UPIAS.
- WENDELL, Susan. 1996. **The rejected body: feminism philosophical reflections on disability**. Nueva York: Routledge.
- _____. Unhealthy disabled: treating chronic illnesses of disabilities. 2001. *Hypatia*, v. 6, n. 4, p. 17-33.
- YOUNG, Iris Marion. 1990. **La justicia y la política de la diferencia**. Madrid: Ediciones Cátedra.

NOTAS

1. El estudio que generó este artículo fue financiado por el Fondo Nacional de Salud, Ministerio de Salud. El proyecto está vinculado al Ministerio de Salud - Secretaría de Atención a la Salud - Departamento de Acciones Programáticas Estratégicas - Área Técnica Salud de la Persona con Discapacidad. Cuanto a la participación de los autores, los tres fueron responsables por la construcción de los argumentos. Debora Diniz fue responsable por la redacción del artículo; Livia Barbosa y Wederson Santos fueron responsables por la revisión y normalización bibliográfica. Los autores agradecen a Vanessa Carrião y a Tatiana Lionço por la lectura y comentarios.

2. Sobre las especificidades y desafíos de la traducción de los conceptos del modelo social de la discapacidad para la lengua portuguesa, vide Diniz, D; Medeiros, M. y Squinca, F., 2007. En este artículo, los autores adoptaron dos conceptos

propuestos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que son el de persona con discapacidad y deficiencias. El primero anuncia el carácter político de como las deficiencias son objeto de discriminación y opresión en sociedades poco inclusivas y describe la persona que habita cuerpos con deficiencias; al paso que las deficiencias describen las variaciones corporales, en general, catalogadas por la narrativa biomédica como desventajas naturales. Discapacidad es un concepto, ora entendido como el resultado de la negociación de significados sobre el cuerpo con deficiencias, ora como uno de los efectos de la cultura de la normalidad que ignora las deficiencias.

3. En atención al debate nacional e internacional sobre discapacidad, este artículo utiliza la expresión persona con discapacidad, pero también persona discapacitada.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate how the field of disability studies consolidated the concept of disability as social oppression. By reviewing the main ideas of the social model of disability, this article presents the genesis of the concept of disability as a restriction of participation for disabled people, as adopted by the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which Brazil ratified in 2008.

KEYWORDS

Disability – Social model of disability – Medical model of disability – Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

RESUMO

O objetivo deste artigo é demonstrar como o campo dos estudos sobre deficiência consolidou o conceito de deficiência como desvantagem social. Por meio de uma revisão das principais idéias do modelo social da deficiência, o artigo traça uma gênese do conceito de deficiência como restrição de participação ao corpo com impedimentos, tal como adotado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 2008.

PALAVRAS-CHAVE

Deficiência – Modelo social da deficiência – Modelo biomédico da deficiência – Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência



JULIETA LEMAITRE RIPOLL

Julieta Lemaitre Ripoll (S.J.D., M.A.) es profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes en Bogotá, Colombia, y directora de su Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, CIJUS. Su publicación más reciente es el libro: *El Derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales* (2009).

Email: jlemaitr@uniandes.edu.co

RESUMEN

En una audiencia reciente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos activistas denunciaron la violencia que enfrentan en Colombia las personas lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales y transgeneristas (LGBT). Entre los hechos denunciados estaban el abuso policial, las violaciones sexuales en las cárceles, los asesinatos motivados por el odio, así como múltiples formas de discriminación. Ello contrasta con la jurisprudencia de avanzada de la Corte Constitucional que ha desarrollado la protección de la libre opción sexual. Este artículo a partir de una descripción tanto de la violencia como de las sentencias la Corte Constitucional analiza el papel simbólico del derecho y argumenta que los activistas tienen una relación ambivalente con el derecho: al mismo tiempo que recelan de este, por su ineficacia, se movilizan por la reforma legal y gozan con la jurisprudencia progresista de la Corte.

Original en Español.

Recibido en noviembre de 2009. Aceptado en diciembre de 2009.

PALABRAS CLAVE

Derechos de los homosexuales – Derechos LGBT - Derechos sexuales – Igualdad – Parejas del mismo sexo – Corte Constitucional colombiana – Violencia por prejuicio.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

EL AMOR EN TIEMPOS DE CÓLERA: DERECHOS LGBT EN COLOMBIA

Julieta Lemaitre Ripoll

El cinco de noviembre de 2009 un grupo de organizaciones colombianas¹ sostuvo una audiencia especial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre los derechos de la población LGBT². El hecho que Colombia sea una de las primeras naciones de la región en tener una audiencia sobre este tema puede considerarse sorprendente ya que sin duda, y en buena parte gracias a la Corte Constitucional, los derechos LGBT son objeto de una protección especial, protección que supera a la de los demás países, e incluso a la brindada por el derecho internacional. La jurisprudencia no sólo considera la discriminación por orientación sexual un criterio sospechoso de distinción, sino que además ha prohibido de manera expresa la discriminación por este motivo incluso en las Fuerzas Armadas, en las escuelas, y en los boy scouts. Además las parejas del mismo sexo gozan de muchos de los mismos derechos que las parejas heterosexuales, incluyendo el derecho a la unión marital, a la herencia, a la sustitución pensional, a ser beneficiarios en el seguro de salud y a exigir alimentos.

¿Qué podría entonces llevar a estas organizaciones, incluyendo Colombia Diversa, líder en la defensa de derechos LGBT, ante la CIDH? Por una parte su presencia es sin duda resultado del éxito mismo de las campañas de reforma legal, éxito que no sólo está reflejado en la jurisprudencia más reciente, sino que también ha formado una generación versada en el discurso de derechos humanos y en su utilización para presionar y avergonzar a las autoridades. Pero además su presencia corresponde a la paradoja colombiana, tantas veces señalada, de un país que al mismo tiempo que produce una luminosa jurisprudencia es un país desangrado en medio del terror y la violencia.

En Colombia, como lo muestran una y otra vez los informes y la prensa, conviven normas progresistas con la impunidad cotidiana de las violaciones estatales

Ver las notas del texto a partir de la página 95.

de los derechos humanos, el control territorial de actores armados ilegales y el terror producido por las guerras de las drogas y la persistencia de la guerrilla marxista-leninista³. Ninguna realidad es más o menos cierta que la otra: los jueces, los abogados, las organizaciones sociales genuinamente tienen ese nivel de creatividad, inteligencia y compromiso con una visión liberal-progresista de los derechos. Al mismo tiempo son igual de ciertos los grupos armados, legales e ilegales, que por convicción, por conveniencia o por lucro, siembran los campos y ríos de muertos y trozos de ellos. En este artículo hablaré de esta paradoja en el caso particular de los derechos LGBT: mostraré tanto la violencia que denuncian ante la CIDH, como la ejemplar jurisprudencia constitucional, y hablaré de la persistencia de la fe en el derecho (y el amor por este) en medio de la violencia (o de la cólera.)

En la presentación ante la Comisión, Marcela Sánchez, directora de Colombia Diversa, hizo una lista de violaciones de derechos humanos; los abusos y muertes descritos no eran nuevos para los comisionados, ya que siguen el mismo formato y contenido tantas veces escuchado en ese recinto, aquel limitado repertorio de la capacidad humana de infligir dolor y humillación a un cuerpo. Como han hecho tantos antes, describió un panorama sombrío de discriminación, asesinatos, torturas, persecución, violaciones, miedo. Y por supuesto, no hay sistemas nacionales de información; las autoridades policiales cuando no persiguen abiertamente a los LGBT son indolentes ante los crímenes contra ellos; aún así Colombia Diversa en el período 2006-2007 contó por lo menos 67 asesinatos de odio en toda Colombia (ALBARRACÍN; NOGUERA; SÁNCHEZ, 2008).

Al presentar el informe, y la lista de defensores muertos, Marcela Sánchez debía además recordar a los que nombraba con rostro y voz tangible, colaboradores y conocidos de Colombia Diversa, como Álvaro Miguel Rivera, joven activista que había participado en el informe de derechos humanos de Colombia Diversa en el 2005. Fue encontrado muerto en su apartamento de Cali el 6 de marzo de 2009 maniatado y amordazado, con los dientes rotos y golpes en el cuerpo (ALBARRACÍN; NOGUERA; SÁNCHEZ, 2008; EL TIEMPO, 2009; YANED; VALENCIA, 2009). Su asesinato, como el del recordado líder gay de los años ochenta, León Zuleta, permanece en la impunidad; nadie parece saber quién lo asesinó ni porqué⁵. Salvo lo obvio. Que eran homosexuales visibles tanto por estar fuera del closet como por su activismo, y que lo eran en un país viciosamente intolerante de la homosexualidad, y donde ser defensor de los derechos humanos es una profesión de alto riesgo⁶.

Al escuchar a Marcela Sánchez contar frente a la Comisión no sólo los abusos sino además el incumplimiento de las normas, una pregunta obligada es porqué insistir en el derecho como motor del cambio social, tanto en la audiencia misma como ante la Corte Constitucional⁷. ¿Por qué habría de cumplirse más lo que dice la Comisión que las actuales y progresistas normas que rigen en Colombia? No se trata sólo de que el derecho se incumpla por “falta de voluntad política” materializada en algunos funcionarios conservadores que rechazan la igualdad de los homosexuales y heterosexuales, e insisten en el privilegio heterosexual, como los notarios que se niegan a celebrar las uniones maritales (SARMIENTO, 2009). Tampoco se trata tan sólo de controlar algunos locos armados empecinados en la “limpieza social.”

Se trata además de un problema más profundo de debilidad del derecho mismo como instrumento de cambio, en particular de la sentencias sin apoyo de las otras ramas de poder, como en veremos en este caso (ROSENBERG, 2008).

La debilidad del derecho, de los derechos defendidos por la Corte, invita a la pregunta de qué tan útil es la jurisprudencia constitucional, y en todo caso, aún si es útil, si vale la pena tanto esfuerzo, si merece tanto entusiasmo. Es decir, si restamos de los beneficios concretos de cada campaña los costos del litigio y la movilización legal, (no sólo en términos de legitimar los poderes sino en términos de dinero, de trabajo, de esfuerzo) es posible que la diferencia entre los costos y los beneficios refleje un exceso inexplicable de afecto por y fe en las posibilidades transformadoras de la jurisprudencia constitucional. La pregunta que este artículo pretende responder es: ¿por qué tantas personas inteligentes y experimentadas insisten en los derechos LGBT en exceso de lo que saben de las limitaciones del derecho como instrumento de transformación social?

1 Quince años de luminosa jurisprudencia constitucional

Es muy probable que la razón principal por la cual el derecho es un marco de referencia tan importante para las organizaciones LGBT sea la jurisprudencia. La Constitución de 1991, y en especial la interpretación que le dio la Corte Constitucional, han sido centrales para movilizar liderazgos, brindar un vocabulario y un escenario para hacer exigencias. Si bien la Constitución misma no menciona los derechos de los homosexuales, la Corte, en una serie de sentencias liberales, extendió los derechos a la igualdad y a la dignidad humana para incluir la protección contra la discriminación por orientación sexual. Con estas decisiones le dio un nuevo marco de significado a la orientación sexual de manera que ésta ha pasado de ser una cuestión de cultura y de “estilo de vida” a ser un problema de derechos.

La jurisprudencia sobre orientación sexual fue iniciada a mediados de la década del noventa por las demandas de tutela de individuos que, en general sin relación entre ellos, enmarcaban su sufrimiento como violaciones de derechos. De esta época se destaca el abogado Germán Rincón Perfetti, que empezó a utilizar de manera más o menos sistemática la acción de tutela para proteger los derechos de individuos discriminados por ser homosexuales. Sin embargo, estas primeras tutelas fueron rechazadas por la Corte con sentencias que reprodujeron estereotipos homofóbicos, por ejemplo, diciendo que la homosexualidad era anormal, e insistiendo en que su expresión estaba limitada por “los derechos de los otros”, derechos que parecían incluir la repugnancia como derecho (COLOMBIA, T-539, 1994b; T-037, 1995a)⁸.

Una de las sentencias más difundidas de esta primera época fue la demanda hecha contra la Comisión Nacional de Televisión por censurar un comercial de prevención del Sida que mostraba dos hombres dándose un beso en la Plaza de Bolívar en Bogotá (COLOMBIA, T-539, 1994b)⁹. En ese caso la Corte dijo que la decisión de la Comisión era “técnica”, y que caía dentro de sus competencias; no obstante, agregó por primera vez que los derechos de los homosexuales sí tenían alguna protección constitucional: “Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los

intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia” (COLOMBIA, T-539, 1994b).

Las decisiones de la Corte empezaron a cambiar a mediados de los años noventa. En 1995 la Corte confirmó la negativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de dar a un hombre homosexual la custodia de una niña a la que cuidaba; sin embargo, la sentencia aclaró que esta decisión se debía no a la orientación sexual sino a la pobreza extrema del demandante y a su inhabilidad material para cuidar de la niña (COLOMBIA, T-290, 1995b). A partir de esa sentencia, la Corte empezó a adoptar con vigor un discurso a favor de los derechos de los homosexuales, basado en el derecho fundamental a escoger la orientación sexual, y en el derecho de los individuos a no ser discriminados por su escogencia de pareja (COLOMBIA, C-098, 1996).

Irónicamente, el discurso se presentó de manera más articulada en una sentencia de 1997 que precisamente negaba las pretensiones de igualdad de la demanda, declarando constitucional la ley de uniones maritales incluso cuando excluían a las parejas homosexuales de sus beneficios. Aún así la sentencia afirmó que, de probarse que ello era lesivo para el derecho a la igualdad, debía reconsiderarse.

Los casos que siguieron a esta sentencia rechazaron la discriminación de individuos por su orientación sexual en diversos escenarios. En 1998 la Corte relacionó el derecho al libre desarrollo de la personalidad con la opción sexual en un caso donde defendió el derecho de los adolescentes homosexuales a expresar su identidad en las escuelas a través de su vestido, corte de pelo, actitudes, etc¹⁰. En otras dos sentencias del mismo año la Corte estableció que era inconstitucional que la homosexualidad fuera causal de sanción disciplinaria para los profesores de escuelas públicas y que la homosexualidad fuera una violación del honor militar (COLOMBIA, C-481, 1998b; C-507, 1999).

En estas sentencias, y en particular en la sentencia sobre el honor militar, la Corte le dio más cuerpo a lo que llamó el derecho a la autodeterminación sexual fundamentado en una doble protección: por un lado está protegida por el derecho a la igualdad, y por el otro, por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esta doble protección origina un derecho a la identidad personal, es decir, al derecho a la autodeterminación, autoposesión y autogobierno. En palabras de la Corte:

“Si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, como lo sostienen algunas investigaciones, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad, pues equivale a una segregación por razón del sexo (CP art. 13). Por el contrario, si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, como lo sostienen otros enfoques, entonces esa escogencia se encuentra protegida como un elemento esencial de su autonomía, su intimidad y, en particular, de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16). (...) El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana.”(COLOMBIA, C-481, 1998b).

Además, la Corte estableció que la orientación sexual era un criterio sospechoso de distinción, y que en consecuencia su presencia en una norma o política llamaba a la aplicación del test estricto de discriminación para determinar su constitucionalidad. Así cualquier diferenciación por orientación sexual, como por raza, etnia y sexo, debía cumplir los requisitos de ser necesaria para cumplir fines constitucionales, proporcional en la consideración del perjuicio causado para cumplir dichos fines, y no lesionar ningún derecho fundamental de rango superior.

A pesar de esta defensa de los derechos de los homosexuales a la no discriminación, hasta el 2006 la Corte no se había decidido por una posición progresista frente a los homosexuales en pareja (LEMAITRE, 2005; MONCADA, 2002). En el 2000 la Corte frenó su ampliación de los derechos en unas sentencias que justificaba con el argumento de las competencias orgánicas (discrecionalidad del legislativo y el ejecutivo) la exclusión de la afiliación de la pareja del mismo sexo en la seguridad social y el seguro obligatorio de salud (COLOMBIA, T-999, 2000a; T-1426, 2000b). Ese mismo año justificó con el argumento del interés superior del niño la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar (COLOMBIA, SU-623 de 2001a; C-814, 2001b). En ambos casos la Corte no aplicó el test estricto de discriminación que había ordenado antes porque las leyes no decían “homosexual” sino que en cambio limitaban los beneficios a las parejas heterosexuales solamente y, por tanto, para la Corte, no usaban el criterio sospechoso.

Así lo que aparecía claro en los primeros años de la década del 2000 era que la Corte Constitucional protegía a los individuos en su orientación sexual pero no a las parejas. La protección a los individuos no cesó: la Corte dijo que la orientación sexual no podía ser falta disciplinaria para los notarios (COLOMBIA, C-373, 2002), y que la Asociación Scout de Colombia no podía expulsar a un miembro por ser homosexual (COLOMBIA, T-808, 2003b). Insistió en que la visita íntima de pareja homosexual en la cárcel era parte del libre desarrollo de la personalidad (COLOMBIA, T-499, 2003a), y que la policía no podía prohibir las reuniones públicas de personas por ser homosexuales (COLOMBIA, T-301, 2004a). Pero también dijo que el departamento de San Andrés y Providencia podía negar la residencia a una persona cuando invocaba como justificación de su derecho el ser pareja homosexual de un residente de las islas; las residencias sólo son, dijo la Corte, para las parejas heterosexuales (COLOMBIA, T-725, 2004b).

Las sentencias de la Corte tuvieron un papel protagónico en la movilización de activistas por los derechos de los homosexuales (GARCÍA; UPRIMNY, 2004), y quizás incluso en inaugurar una actitud social más tolerante hacia la diversidad sexual (RESTREPO, 2002). Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny hicieron un estudio empírico preliminar del impacto de las decisiones de la Corte en activistas por los derechos de los homosexuales, y llegaron a la conclusión de que las sentencias generaron organización y activismo legal, y que incluso fortalecieron la identidad y el respeto por sí mismos en la comunidad gay. Esto no sólo fue así, sino que dio base a la creación misma de las organizaciones, y a su movilización en el Congreso en búsqueda de una ampliación de la protección de los homosexuales en cuanto individuos, a los homosexuales en cuanto parejas.

2 De la Corte al Congreso y de vuelta

Después de que el litigio llegó a este impasse a principios de la década del 2000, algunos activistas, motivados por las sentencias favorables, se dirigieron con entusiasmo hacia el Congreso cabildeando por reformas legales, especialmente por la adopción de una ley llamada de matrimonio gay. Esta línea de acción incluso fue una sugerencia de la misma Corte que en un principio consideró que la competencia en la materia era del legislador. Sin embargo, el proyecto de ley de derechos de las parejas del mismo sexo se hundió repetidas veces¹¹.

Desde que se presentó el 2001 el proyecto de igualdad de derechos para las parejas del mismo sexo fue bombardeado por los conservadores y los católicos y cristianos. Fue presentado por la senadora Piedad Córdoba; luego de ser aprobado en la Comisión Primera, creó alarma entre diversos opositores que publicaron una página completa en *El Espectador*, con firmas de personalidades que pedían archivar la iniciativa por inmoral. La Iglesia católica también se opuso advirtiendo que por ahí podría venir la aceptación de la familia conformada por homosexuales, e incluso de la adopción de niños por parejas del mismo sexo (EL TIEMPO, 2002). El proyecto se hundió y la situación fue similar en los años que siguieron: se presentaba por alguien progresista, y se hundía en medio de la oposición pública que incluía acciones de la Iglesia Católica, de diversas iglesias cristianas, y de prominentes políticos conservadores. En todos los casos el proyecto tuvo algún tipo de apoyo de activistas; la diferencia con los años es que la calidad y cantidad de este acompañamiento a los proyectos de ley fue creciendo.

Lo más cerca que estuvo el proyecto de ser ley fue en el periodo 2006-2007; fue aprobado, con dificultades, por las comisiones y plenarias de ambas cámaras del Congreso, y recibió el respaldo de los partidos de gobierno¹². Varios senadores y representantes se opusieron, incluyendo el presidente de la Cámara Alfredo Cuello, e intentaron demorar la votación: lograron finalmente que en Comisión de Conciliación, el último trámite antes de la sanción presidencial, el Senado votara en contra del proyecto sin dar explicaciones y en violación de la ley de bancadas que ordena votar según la línea del partido. El proyecto se hundió también por desinterés del gobierno de Uribe a pesar que era una promesa de campaña en el 2006: el ministro del Interior dijo que aunque el presidente respaldaba la ley, a él le parecía un proyecto sin ninguna trascendencia y por eso no se había preocupado en hacerle seguimiento¹².

Unidos en una serie de organizaciones jóvenes, los activistas regresaron al litigio estratégico en el 2006 como una posibilidad real de obtener la protección tantas veces frenada en el Congreso. Colombia Diversa y el Grupo de Litigio de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes presentaron una nueva demanda contra la exclusión de las parejas del mismo sexo del régimen patrimonial de la unión marital¹³.

El 7 de febrero de 2007 la Corte Constitucional anunció un cambio en su anterior posición sobre la unión marital de parejas del mismo sexo¹⁴. La Corte afirmó que ahora consideraba que la exclusión de estas parejas de los beneficios patrimoniales de la unión marital era una violación de los derechos humanos fundamentales (COLOMBIA, C-075, 2007a; C-098, 2007b). Insistió que la ley era inconstitucional

porque imponía la heterosexualidad como condición para acceder a esos beneficios. Esta sentencia dio a las parejas del mismo sexo la posibilidad de crear una comunidad de bienes igual que las parejas heterosexuales. Además, la Corte argumentó que la ley que limitaba estos efectos de la cohabitación a las parejas de hombres y mujeres imponía limitaciones contrarias a “los postulados constitucionales de respeto a la dignidad humana, deber de protección del Estado a todas las personas en igualdad de condiciones y el derecho fundamental de libre desarrollo de la personalidad”.

Desde esta sentencia la Corte ha adoptado otra serie de decisiones que consolidan la igualdad de las parejas homosexuales. En los años que siguieron extendió la igualdad a otras situaciones en las cuales el ser pareja crea derechos y obligaciones: en el 2007, dijo que las personas tenían derecho a afiliarse a su pareja del mismo sexo al seguro obligatorio de salud (COLOMBIA, C-811, 2007c) y en 2008 que existía el derecho a la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo (COLOMBIA, C-336, 2008a) y también que a ellas se aplicaba el delito de inasistencia alimentaria (COLOMBIA, C-798, 2008b).

En enero del 2009, a raíz de la “gran demanda” de Colombia Diversa, la Corte estableció que las expresiones “familia”, “familiar”, “grupo familiar”, “compañero o compañera permanente”, “Unión singular, permanente y continua” y “unión permanente” en diversas normas incluía a las parejas del mismo sexo (COLOMBIA, C-029, 2009). Algunas de las consecuencias de la “gran demanda” son que las parejas del mismo sexo tienen derecho a la reunificación familiar en el conflicto armado, pueden crear un patrimonio de familia que no puede ser embargado, recibir como pareja el subsidio de vivienda, y afectar un inmueble como vivienda familiar. La pareja extranjera del mismo sexo de un ciudadano colombiano tiene la misma posibilidad de obtener la ciudadanía que la pareja heterosexual, y pueden fijar su residencia con las mismas reglas que las parejas homosexuales en el archipiélago de San Andrés. La igualdad se aplica también para el proceso penal, así, las parejas del mismo sexo no están obligadas a incriminar a sus compañeros o compañeras en ningún proceso penal, se aplican las mismas circunstancias de agravación punitiva y también los tipos especiales como los de violencia intrafamiliar y el régimen de inhabilidades por cercanía familiar. También gozan de la misma protección cuando la pareja es secuestrada o desaparecida o cuando perece en un accidente de tránsito (seguro SOAT).

3 Los LGBT y el fetichismo legal

En la audiencia ante la Comisión Interamericana el Comisionado Sergio Pinheiro reconoció tanto los avances significativos hechos por la Corte, y lo que la CIDH tiene que aprender de esta, como la tensión entre las normas y la práctica: “la práctica general en el continente es de una temporada de caza que jamás se cierra”¹⁵. La diferencia entre los derechos y el goce efectivo no es la única paradoja; la otra es el contraste entre la violencia contada y lo pedestres que aparecen frente a esta tanto los derechos conquistados (a beneficiarse de un seguro; a no ser despedido de un trabajo) como los dolores que no logran ser protegidos por derechos (discriminación pre-contractual; el recurso a operaciones peligrosas en los travestis) frente a los crímenes de odio.

El discurso de los derechos tiene sentido a veces sólo como la negación de la violencia, función que cumple a veces de manera expresa, otras de forma más velada. Los derechos no niegan que la violencia exista, sino que niegan sus efectos interpretativos, los significados sociales que construyen. Así, mientras la violencia afirma que los y las homosexuales merecen castigo público y privado por serlo, los derechos niegan que eso sea cierto. Y mientras la vida cotidiana acepta la suerte de las víctimas de la limpieza social, especialmente cuando son travestis u homosexuales, el discurso de los derechos reclama la humanidad de cada muerto, su dignidad materializada en pequeños logros como el seguro, las pensiones, el trabajo.

Este referente a la violencia, si bien está presente en otros movimientos sociales que recurren al derecho (LEMAITRE, 2009), es particularmente evidente cuando se trata de los derechos LGBT. Detrás de las historias cruentas que llegan a la Comisión están miles de historias menores, inclasificables para el derecho, de la negativa agresiva y persistente a reconocer su humanidad plena. Los informes de derechos humanos, sin embargo, no dan cuenta de los episodios de discriminación cotidiana que seguramente formaron a los activistas que los escriben —las miradas, las risitas, la pérdida de empleos y de trabajo, la preocupación y presión por parte de familiares y amigos, su rechazo, la necesidad de disimular y de esconder las emociones. Tampoco da cuenta de la forma como deben aprender a vivir con la corriente viciosa del odio que permea gestos al parecer inocentes, comentarios que se pretenden ligeros, y *graffitis* que se borran con el tiempo. Se trata de actos sutiles como los encontrados en una encuesta de estudiantes de secundaria en Bogotá: seis de diez admitieron haberse burlado de niños y niñas percibidos como homosexuales, tres de diez admitieron haberlos insultado; 37,9% dijeron que le tenían miedo a los homosexuales; 17,6% dijeron que les tenían asco¹⁶.

La cotidianeidad violenta, la que no alcanza a configurar violaciones de derechos humanos, o por lo menos no el tipo de violaciones que se denuncian ante la Comisión, no dejan de ser abrumadoras. El informe de 2006-2007 de Colombia Diversa (2007) documenta el acoso por parte de policías y ciudadanos a las expresiones públicas de afecto de las parejas del mismo sexo, detenciones arbitrarias por este motivo, discriminación en el trabajo y en la escuela. Pero los datos más reveladores surgen de la encuesta hecha en el 2007 por CLAM, Profamilia y la Universidad Nacional (2008) a los participantes en la marcha de orgullo gay. Estos revelaron que el 77% ha sufrido alguna forma de discriminación y el 67.7% alguna forma de agresión. Ambas están imbricadas en todos los espacios del día a día: el (49,3%) de los que reportan ser discriminados lo fueron en las escuelas y universidades, por profesores y compañeros; el (43,8%) en la calle, por policías; el (42,8%) en sus casas, por vecinos y el 34,1% por sus familias. Y si bien la agresión más común es la verbal (87,9%) seguida por las amenazas (36,2%), no deja de sorprender lo frecuente de la agresión física: del 67.7% que ha sufrido alguna forma de agresión, en el 31,6% de los casos fue física.

El que los hechos reportados en la audiencia ante la Comisión sean más crueles que esta cotidianeidad es cuestión de grado, mas no de intención, tan sólo muestra de manera más descarnada lo duro que es ser LGBT en una sociedad profundamente homofóbica. Las personas homosexuales viven bajo la amenaza

de la violencia en todos los espacios sociales en los que habitan, y de la violencia provocada por su orientación sexual, por su identidad.

En la intimidad, muchos crecen en sus familias en medio del rechazo y las recriminaciones que fácilmente pasan a los insultos y golpes. En el espacio público están sujetos a un control social permanente que reacciona de manera agresiva ante cualquier manifestación pública de sexualidad o afecto. El control parece ser aún más aterrador en las zonas rurales y cuando hay dominio territorial de los ejércitos ilegales. Pero hasta en Bogotá un abrazo, un tomarse de manos o un beso provocan la intervención de vigilantes privados, de la policía, e incluso de simples transeúntes que proceden a agredir verbal y físicamente, a evacuar, y en el caso de la policía, a detener a las parejas. Los lugares de comercio donde se pueden encontrar son allanados con frecuencia y agresividad por la policía. En las cárceles son objeto inmediato de todo tipo de agresiones sexuales y de intimidaciones si se conoce su identidad. Y tienen una vulnerabilidad especial ante muchos tipos de crimen violento, desde los homicidios seriados en residencias privadas, los homicidios seriados en el espacio público tipo “limpieza social”, la extorsión por parte de chantajistas que amenazan con revelar la identidad de los que mantienen sus preferencias ocultas, y los abusos de diversas autoridades, especialmente de la policía, en todos los procesos de detención y control. Y supone uno, al ver las evidencias, incluso para los que nunca han sufrido directamente estas violencias, que el hecho de saber que son potencialmente víctimas de violencias específicas a su identidad sexual debe generar persistentes niveles de estrés y angustia, y llevar al ocultamiento por lo menos de las manifestaciones más públicas de afecto y de sexualidad que sí están permitidas a los heterosexuales.

María Mercedes Gómez (2006; 2008) explica esta violencia a partir de la distinción entre la discriminación y la exclusión. La violencia discriminatoria se ejerce contra las personas que se consideran parte de la sociedad pero en un lugar subordinado; el fin de esta violencia, tanto instrumental como simbólico, es mantener la subordinación. En cambio, la violencia por exclusión pretende expulsar del cuerpo social ciertos elementos que no pueden ser parte de esta. Este tipo de violencia además se exagera cuando se trata, como en el caso de la orientación sexual, de una característica que es relativamente invisible y percibida como mutable: en ese caso el castigo es tanto una forma de expulsión del cuerpo distinto como una forma de visibilizar y al mismo tiempo erradicar la diferencia en ese mismo cuerpo (como la idea de que la violación sexual elimina el deseo lésbico).

Sin duda en muchas ocasiones el derecho ha sido cómplice de estas violencias, excluyendo explícita o implícitamente a las personas LGBT (por ejemplo los derechos sólo para parejas heterosexuales) o visibilizándolas de maneras que las excluyen de la sociedad (por ejemplo con tipos penales especiales). Sin embargo también es cierto que el derecho liberal en su versión más contemporánea, como la desarrollada en muchas sentencias de la Corte Constitucional colombiana, ha insistido en cambio en la normalidad de la opción homosexual, es decir en su *inclusión*.

En esa medida, el derecho, o cierto derecho, se alza frente a la acumulación de violencias, y lo que revelan de la vida colectiva. Este efecto simbólico se ve reflejado como alternativa significativa por ejemplo en la forma como los relatos

en el informe de Colombia Diversa de 2006-2007 están precedidos por citas de sentencias de la Corte Constitucional y de las normas en las que se prohíben los comportamientos descritos. Como en tantos informes de derechos humanos, el horror de las narrativas contrasta con la distancia profesional del discurso jurídico, creando una extraña ambivalencia entre el reconocimiento de la realidad de la violación, una realidad que subraya la fragilidad del derecho, y el deseo intenso de escapar de las amenazantes manos, penes, cuchillos y pistolas para refugiarse en los brazos de la ley.

Los derechos, independientemente de sus efectos, significan tanto una equivalencia plena entre homosexuales y heterosexuales como el rechazo a la violencia porque los derechos crean la normalidad a la cual se aspira. Los derechos por definición son lo normal, es decir, lo que establece la norma, lo que está incluido en el cuerpo social. Lo que el derecho prohíbe es lo “anormal,” lo contrario a la norma, en dos sentidos. Primero, porque lo prohibido se supone no es lo que ocurre de forma cotidiana, sino lo ocasional, lo raro; segundo, porque lo prohibido es lo rechazado moralmente, lo anormal. En esa medida el derecho es una forma poderosa de crear significados sociales profundamente morales, y el recurso LGBT al derecho está también signado por el deseo de esos significados morales incluyentes de su identidad; signado por el deseo por el derecho como símbolo y objeto de deseo.

4 El derecho como fetiche

Los efectos de las reformas legales no son meramente simbólicos; sin duda la jurisprudencia descrita traerá beneficios reales más allá de la creación de significados sociales. Habrá personas que se beneficien de una disminución en la discriminación, sea porque ganan casos concretos en las cortes o por la eliminación de normas como la que prohibía que los docentes de las escuelas públicas fueran homosexuales. Es posible que algunos familiares, empleadores e instituciones educativas cambien su comportamiento a raíz de las sentencias y sean más tolerantes o más respetuosos¹⁷. Además podemos suponer que las parejas del mismo sexo que así lo soliciten tendrán acceso a una serie de beneficios antes limitado a las heterosexuales, beneficios de un rango amplio que incluyen derecho a pensión de supervivientes, seguro de salud, etc.

Al mismo tiempo los límites de estas normas son relativamente claros. Primero, tener derechos como LBGT no protege contra la violencia física o sexual; por lo menos no más que los derechos generales a la vida y la integridad física. Segundo, la protección contra la no discriminación para hacerse efectiva en una corte requiere unos estándares de prueba tan altos que rara vez se logra fuera de los casos más grotescos; en la mayoría de los casos es difícil de probar la causalidad entre lo sucedido y el ánimo discriminatorio. Incluso en ciertos temas como la discriminación pre-contractual, el menor salario o el techo de cristal es prácticamente imposible probar la causalidad. Tercero, para acceder a casi todos los derechos como pareja homosexual las personas deben caber dentro de un perfil muy particular que incluye el tener una pareja estable y estar y *poder estar* fuera del closet. Pero, estar fuera del closet, como se ha visto, crea una vulnerabilidad permanente que muchas personas no están dispuestas a asumir. Además, como

también se ha documentado, la resistencia cultural de los funcionarios a otorgar derechos se convierte en una barrera más de acceso a los mismos. Por estas razones, es fácil concluir que el entusiasmo que despierta esta jurisprudencia puede ser un exceso de entusiasmo; un fervor y admiración que no corresponden a la magnitud de los beneficios materiales.

Aún así, las sentencias de la Corte tienen un peso que supera la evaluación de costos y beneficios instrumentales, un peso que surge de su valor simbólico, de sus efectos sobre la autopercepción y la identidad social de las personas, un efecto que como argumentan García y Uprimny es “anticonformista” (GARCÍA; UPRIMNY, 2004, p. 493-495). Este efecto simbólico es un antídoto poderoso contra la percepción de sí mismo y de la vida social que ofrece la experiencia de la discriminación y, quizá, es también una especie de antídoto o conjuro contra las secuelas emocionales de la violencia — una “contra” que se finca en la posibilidad de resistir el poder interpretativo de la violencia usando para ello la fuerza simbólica del derecho.

El derecho confronta y desmiente el simbolismo de la violencia descrita, una violencia que no es tan sólo la violencia simbólica descrita por Bourdieu (aquellos significados sociales negativos que son parte de la opresión de los discriminados y excluidos)¹⁸. Es también la violencia física que crea otro tipo de significados: significados sobre cuánto vale un cuerpo, y qué es la dignidad del ser humano, y qué es posible hacerle a otro cuerpo, impunemente.

La violencia y su amenaza, penetra la vida de los homosexuales a todo nivel, creando significados sobre su identidad y lugar en la vida social. Quizá sea más intensa en la vida de los hombres, por las muchas formas como la violencia está imbricada en la socialización masculina, pero sin duda está presente en la vida de las mujeres. Se manifiesta no solamente como violencia física sino también como tantas formas de rechazo, burla, insulto y hostilidad sin tregua, una hostilidad que se percibe incluso entre quienes se declaran tolerantes.

Cómo entender, por ejemplo, la práctica de los años ochenta según la cual muchachos adolescentes de clase media y alta hacían paseos a las zonas frecuentadas por travestis, como la carrera quince de Bogotá, con el único propósito de agredirlos de distintas formas¹⁹. ¿Qué sentía el muchacho que no sabía cómo entender su atracción sexual por los travestis, o por los amigos con los cuales iba a la caza de travestis? ¿O qué se sentía ser travesti? Algunas de ellas empezaron a cargar cuchillas para cortarse los brazos pues descubrieron que la vista de sangre calmaba a los diversos agresores, incluso a la policía.

El efecto simbólico positivo de las sentencias de la Corte no se debe entender entonces sólo como el de producir autoestima entre la población LGBT, aunque ciertamente ello se da. O quizá lo que hace falta es una definición más compleja de lo que es la autoestima, más imbricada con la posibilidad de articular una identidad y un sentido de la vida colectiva dentro de una red social de significados. Porque lo que está en juego en los derechos no es sólo el “sentirse bien con uno mismo” de la autoestima, sino el poder dar un significado social a la propia vida, ponerle nombre a su convivencia, a su cotidianidad, así como ponerle nombre y peso moral en consecuencia a las violencias que han sufrido. Su vida en pareja pasa a ser legítima

y normal, y la violencia, a ser ilegítima y anormal; en la definición del derecho, su vida en pareja es una unión marital, la violencia se convierte en una violación de los derechos humanos.

Y estas definiciones no cobran sentido pleno sino como respuesta a años de experimentar o temer ser objeto de todo tipo de agresiones, y en relación también con la necesidad de aparecer doble, de ocultar, de ejercer un silencio permanente que deshace la confianza en la inteligibilidad moral del mundo social. La violencia, el odio y el desprecio real o temido recodifican la vida colectiva incluso para quienes no la viven en carne propia, y representan un reto profundo a la posibilidad de brindar un fundamento moral a la sociedad secular.

El ser objeto, u objeto potencial, de ese tipo de odio tiene tres efectos posibles; dos apolíticos y uno que lleva a la participación política en la vida colectiva. La primera opción es aceptar con la violencia sus símbolos, y justificar la expresión de la violencia negando la validez de la propia historia, los propios deseos, etc. En buena parte así es la vida en el clóset, aceptado no como una necesidad estratégica sino como una necesidad moral.

La segunda opción para las personas que son objeto del odio homofóbico es la aceptación de la realidad de la violencia, al tiempo que se rechaza la moralidad social que la alimenta. Es una postura “realista” que lleva a un desencantamiento con la vida colectiva, con la política, con la vida social, y que tiene como salida principal el refugiarse en la intimidad de los espacios privados. Ciertamente, ésta ha sido una solución recurrente entre las minorías sexuales como entre otras minorías odiadas y despreciadas. Así para muchos las experiencias de la violencia sólo enseñan que la vida colectiva es inmoral, o amoral, o hipócrita o sencillamente hostil, y en ocasiones letal. Se refugian entonces en guetos sociales de los que rara vez emergen.

Una tercera opción es negar no sólo la violencia sino que negar la moral homofóbica sea “realmente” la moral dominante. Es una posición de cruzada, una posición de idealismo y, por supuesto, la posición de un movimiento social que se niega a aceptar la moral que los rechaza, y que acude a otros argumentos para demostrar que la moral homofóbica es ante todo una mentira sobre la vida social. El derecho es central para esta tercera posición pues en buena parte es el discurso jurídico de los derechos el que permite negar a la moralidad homofóbica y sus violencias, y el que permite acudir o intentar construir una moral colectiva distinta.

En este proceso las sentencias de la Corte Constitucional han jugado un papel decisivo. Las decisiones favorables de la Corte resignifican la vida colectiva negando los efectos interpretativos de la violencia, e insistiendo en cambio en un discurso público de dignidad que produce una enorme satisfacción y movilización que no depende de la aplicación de la ley. Al nombrar la homosexualidad como normal y la violencia como anormal la Corte resignifica a los homosexuales como plenamente humanos en un mundo social donde la violencia sería por definición anormal, contra la norma. Tomarse en serio esta resignificación suspende el conocimiento que ha dado la violencia de lo humano, y permite quizás con ese conocimiento suspendido la posibilidad de comprometerse de nuevo con una vida social resignificada, o por lo menos brinda una medida de valor, o de confianza. Y permite gozar, sentir placer con el derecho materializado en las palabras de la Corte Constitucional.

Es el derecho como fetiche, pero no sólo en su sentido negativo de ser un objeto “falso” del deseo (LEMAITRE 2007; 2008; 2009). Es también ese aspecto positivo de la metáfora del fetiche sexual (no del de las mercancías): es goce que no se agota, es rechazo a ciertas convenciones y moralidades antiguas, es negación de un “realismo” que agobia, es una apuesta por una realidad alternativa. Y es por supuesto, profundamente ambiguo: sin duda las personas que como Marcela Sánchez acudieron y acuden a las Cortes a reclamar derechos, las que insisten en sus derechos de igualdad y dignidad reconocen las limitaciones del derecho como instrumento de transformación social. Incluso las conocen en su cuerpo y quizá mejor que quienes teorizamos al respecto. Al mismo tiempo, celebran y gozan con la ley, con cada sentencia que dice que tienen derechos, dignidad, igualdad, que los nombra como iguales y su vida cotidiana como parte de la normalidad de la nación. Esa relación ambivalente con el derecho es la que les lleva ante la Comisión; conociendo sus límites, igual buscan la ley. Se rehúsan a aceptar que las normas no se cumplan- no porque no entiendan las limitaciones del derecho – sino porque escogen no dejar de indignarse con su incumplimiento, no dejar de gozar tampoco con los significados que crea. Es una condición que comparten cientos de miles, quizá millones, de Colombianos que en medio de las agotadoras violencias de los últimos treinta años han decidido, hemos decidido, a la sombra de la Constitución de 1991, no dejar de creer en (y de amar) el derecho.

REFERENCIAS

- NACIONES UNIDAS. 2008. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). **Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia.** A/HRC/10/032. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informes.php3?cod=12&cat=11>. Visitado el: 15 de noviembre de 2009.
- ALBARRACIN, Mauricio; AZUERO, Alejandra. 2009. **Activismo Judicial y Derechos de los LGBT en Colombia: Sentencias Emblemáticas.** Bogotá: ILSA.
- _____.; NOGUERA, Mauricio; SÁNCHEZ, Marcela. 2008. **Situación de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006-2007.** Bogotá: Colombia Diversa.
- BONILLA, Daniel. 2008. Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. La historia de la sentencia C-075/07. In: COLOMBIA DIVERSA; UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. **Parejas del mismo sexo el camino hacia la igualdad.** Bogotá: Uniandes, p. 11-40.
- BOURDIEU, Pierre; WAQUANT, Loic. 1992. **An Invitation to Reflective Sociology.** Chicago: University of Chicago Press.

- BRIGEIRO, Mauro; CASTILLO, Elisabeth; MURAD, Rocío. 2009. **Encuesta LGBT: Sexualidad y Derechos Participantes de la Marcha de la Ciudadanía LGBT Bogotá 2007**. Bogotá: CLAM; Profamilia; Universidad Nacional.
- COLOMBIA DIVERSA. 2007. **Informe de derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006 – 2007**. Bogotá: Colombia Diversa. Disponible en: http://www.colombiadiversa.org/index.php?option=com_content&task=view&id=563&Itemid=370. Visitado el: 15 de noviembre de 2009.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 2006. **Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 octubre.
- _____. 2007. Colombia. In: _____. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007**. OEA/Ser.L/V/II.130 Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/2007sp/cap4colombia.sp.htm>. Visitado el: 15 de noviembre de 2009.
- _____. 2009a. Colombia. In: _____. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008**. OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 5 rev. 1, 25 febrero. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/cap4.Colombia.sp.htm> Visitado el: 15 de noviembre de 2009.
- _____. 2009b. **Reporte de prensa: CIDH expresa preocupación ante operaciones de inteligencia sobre actividades de la Comisión Interamericana en Colombia**. Disponible en: http://www.oas.org/oaspage/press_releases/press_release.asp?sCodigo=CIDH59/09. Visitado el: 15 de noviembre de 2009.
- CRENSHAW, Kimberlé. 1991. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. **Stanford Law Review**, Palo Alto, v. 43, n. 6., p. 1241–1299.
- EL TIEMPO. 2002. Se calienta debate gay. **El Tiempo**, Bogotá, 12 de noviembre, Política.
- _____. 2006. Agreden a activista homosexual en el centro de Medellín. **El Tiempo**, Bogotá, 4 de octubre, Nación.
- _____. 2007a. Una encuesta revela altos niveles de homofobia en algunos colegios. **El Tiempo**, Bogotá, 26 de marzo.
- _____. 2007b. Encuesta revela preocupantes prejuicios y tendencias agresivas en escuelas hacia homosexuales. **El Tiempo**, Bogotá, 02 de abril.
- _____. 2007c. Maltrato agobia a integrantes de la comunidad transexual en Cali. **El Tiempo**, Bogotá, 28 de febrero, Nación.
- _____. 2007d. Amenazan de muerte a gays. **El Tiempo**, Bogotá, 29 de junio, Nación.
- _____. 2009. Alerta por homofobia en Cali desata asesinato de activista de la causa LGBT. **El Tiempo**. Bogotá, 22 de marzo, Nación.
- GARCIA, Mauricio; UPRIMNY, Rodrigo. 2004. Corte Constitucional y Emancipación Social en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GARCIA, Mauricio (Eds.). **Emancipación Social y Violencia en Colombia**. Bogotá: Editorial Norma.

- GOLDBERG-HILLER, Johnathan. 2002. **The Limits of Union: Same sex marriage and the politics of civil rights**. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- GOMEZ, María Mercedes. 2006. Usos jerárquicos y excluyentes de la violencia. In: MOTTA, Cristina; CABAL, Luisa (Eds.). **Mas Allá del Derecho: Género y Justicia en América Latina**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, CESO, Centro de Derechos Reproductivos, Red Alas.
- _____. 2008. Capítulo 8: Violencia por Prejuicio Sexual. In: MOTTA, Cristina; SAEZ, Macarena. **La Mirada de los Jueces: sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana: Tomo II**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Red Alas.
- HUMAN RIGHTS FIRST; FRONT LINE; INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS (FIDH); WORLD ORGANISATION AGAINST TORTURE (OMCT). 2008. **Presentación conjunta a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos**. Disponible en: <http://www.humanrightsfirst.org/pdf/080902-HRD-colombia-upr-span.pdf>. Visitado el: 15 de noviembre de 2009.
- LEMAITRE, Julieta. 2005. Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso. In: BONILLA, Daniel; ITURRALDE, Manuel (Eds.). **Derecho Constitucional Nuevas Perspectivas**. Bogotá: Editorial Legis.
- _____. 2007. Legal Fetishism. **Unbound Journal of the Legal Left**, Cambridge, v. 3, n. 6.
- _____. 2008. Legal fetishism: law and social movements in Colombia. **Puerto Rico Law Review**, San Juan, v. 77, n. 2.
- _____. 2009. **El Derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales**. Bogotá: Siglo del Hombre, Uniandes.
- MONCADA, Patricia. 2002. La huída de la Corte: el derecho al onanismo. **Revista Tutela**, Bogotá, v. 3, n. 25.
- MUNGER, Frank; ENGEL, David. 2003. **Rights of Inclusion Law and Identity in the Life Stories of Americans With Disabilities**. Chicago: University of Chicago Press.
- YANED, Ramírez; VALENCIA, José Luis. 2009. Asesinatos Prenden Alarmas Sobre Homofobia. **El Tiempo**, Bogotá, 22 de marzo.
- RESTREPO, Esteban. 2002. Reforma Constitucional y progreso social: la constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia. In: SABA, Roberto (Ed.). **El Derecho como objeto e instrumento de transformación**. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 73-88.
- ROSENBERG, Gerald. 2008. **The Hollow Hope Can Courts Bring About Social Change? Second Edition**. Chicago: University of Chicago Press.
- SARMIENTO, Juan Pablo. 2009. Las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo: una lucha inconclusa contra la discriminación. **Revista de Derecho de la Universidad del Norte**, Barranquilla, n. 32 (en prensa).
- TAUSSIG, Michael. 2003. **Law in A Lawless Land. Law in a Lawless Land: Diary of a Limpieza in Colombia**. New York: The New Press.

VELANDIA, Manuel. 1999. *Y sí el cuerpo grita... Dejémonos de maricadas*. Bogotá. Equilateros.

JURISPRUDENCIA

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 2008. Petición 1271-04. **Karen Atala e Hijas vs. Chile**. 23 Jul.

COLOMBIA. 1994a. Corte Constitucional. Sentencia T-097. 7 Mar. [Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz]

_____. 1994b. Corte Constitucional. Sentencia T-539. 30 Nov. [Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa].

_____. 1995a. Corte Constitucional. Sentencia T-037. 06 Feb. [Magistrado Ponente: José Gregório Hernandez Galindo].

_____. 1995b. Corte Constitucional. Sentencia T-290. 05 Jul. [Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz].

_____. 1996. Corte Constitucional. Sentencia C-098. 07 Mar. [Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz]

_____. 1998a. Corte Constitucional. Sentencia T-101. 24 Mar. [Magistrado Ponente: Fabio Moron Diaz].

_____. 1998b. Corte Constitucional. Sentencia C-481. 9 Sept. [Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero]

_____. 1999. Corte Constitucional. Sentencia C-507. 14 Jul. [Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa].

_____. 2000a. Corte Constitucional. Sentencia T-999. 02 Ago. [Magistrado Ponente: Fabio Moron Diaz].

_____. 2000b. Corte Constitucional. Sentencia T-1426. 19 Oct. [Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis].

_____. 2001a. Corte Constitucional. Sentencia SU-623. 4 Jun. [Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil].

_____. 2001b. Corte Constitucional. Sentencia C-814. 02 Ago. [Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra].

_____. 2002. Corte Constitucional. Sentencia. C-373. 15 May. [Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño].

_____. 2003a. Corte Constitucional. Sentencia T-499. 12 Jun. [Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis].

_____. 2003b. Corte Constitucional. Sentencia T-808. 18 Sept. [Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra].

_____. 2004a. Corte Constitucional. Sentencia T-301. 25 Mar. [Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett].

- _____. 2004b. Corte Constitucional. Sentencia T-725. 30 Jul. [Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil].
- _____. 2007a. Corte Constitucional. Sentencia. C-075. 7 Feb. [Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil].
- _____. 2007b. Corte Constitucional. Sentencia. C-098. 14 Feb. [Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil].
- _____. 2007c. Corte Constitucional. Sentencia. C-811. 10 Oct. [Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra].
- _____. 2008a. Corte Constitucional. Sentencia C-336. 16 Abr. [Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández].
- _____. 2008b. Corte Constitucional. Sentencia. C-798. 20 Ago. [Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño].
- _____. 2009. Corte Constitucional. Sentencia. C-029. 28 Ene. [Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil].
- NACIONES UNIDAS. 2000. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. **Young vs. Australia**. Comunicación N° 941/2000.

NOTAS

1. Las organizaciones presentes fueron: Asociación para la Promoción Social Alternativa MINGA, Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, Comisión Colombiana de Juristas, Corporación Jurídica Libertad, Corporación para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos REINICIAR, Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos GIDH, Sisma Mujer y Colombia Diversa.

2. El tema de los derechos LGBT es relativamente nuevo en el derecho internacional, y no está mencionado en los tratados y convenios. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tiene algunos pronunciamientos al respecto en el cual se destaca la sustitución pensional de parejas del mismo sexo fallada por primera vez en el caso *Young vs. Australia* (comunicación N° 941/2000). La Comisión Interamericana aún no se ha pronunciado con fuerza pero en el 2008 aceptó el caso *Karen Atala e Hijas vs. Chile* (Petición 1271-04), 23 de julio de 2008 sobre la pérdida de la tuición de las hijas de una madre lesbiana. En la comunidad de activistas se espera que la Comisión se pronuncie con fuerza en contra de la discriminación por orientación sexual cuando decida este caso.

3. Información adicional se puede encontrar en informes de derechos humanos de las diversas organizaciones mundiales. Algunas de las menciones más recientes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que analizan el conflicto y los derechos sobre papel son el informe sobre las mujeres en el conflicto armado (CIDH, 2006) y el capítulo sobre Colombia en el último informe anual de la CIDH (2009b). Diversos informes de Human Rights Watch sobre Colombia están disponibles en: <http://www.hrw.org/americas/colombia> y los de Amnesty International en: <http://www.amnesty.org/en/region/colombia>

4. León Zuleta, asesinado en 1993, fue un reconocido activista por los derechos humanos y la liberación gay en la ciudad de Medellín. Su asesinato nunca fue esclarecido. Su biografía fue escrita por Manuel Velandía 1999.

5. En diciembre de 2008 una serie de organizaciones no gubernamentales para defensores de derechos humanos alegó ante el examen periódico universal de Colombia que entre 2002 y 2007 fueron asesinados 75 defensores de derechos humanos sin contar sindicalistas (HUMAN RIGHTS FIRST; FRONT LINE; FIDH; OMCT, 2008). La misma Comisionada en su informe de Colombia en el 2008 reportó que

había un número significativo de ataques contra defensores y defensoras de derechos humanos ese año, incluyendo homicidios, daños a la propiedad, robos, allanamientos y amenazas. Destacó además que era “motivo de preocupación que algunos altos funcionarios gubernamentales hubieran continuado la práctica de estigmatizar públicamente a los defensores y defensoras de derechos humanos y a los sindicalistas, señalándolos de ser simpatizantes de grupos guerrilleros.” (NACIONES UNIDAS, 2008). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el mismo sentido recientemente en sus informes anuales del 2007 y del 2008; además ha expresado preocupación por el espionaje y hostigamiento hecho por el organismo de seguridad del gobierno a los defensores de derechos humanos recientemente revelados (CIDH, 2009b).

6. Es interesante notar que el nombre de la marcha, que había sido del orgullo gay, se cambió a marcha por la ciudadanía, indicando la importancia del marco legal.

7. En una sentencia de 1994 (COLOMBIA, T-097), la Corte había protegido a un estudiante de la Escuela de Carabineros de Villavicencio que fue expulsado por prácticas homosexuales. En este caso, sin embargo, la protección no fue por discriminación sino porque al no haber pruebas de los hechos ni oportunidad de defensa se violaba el debido proceso.

8. Las sentencias de la Corte Constitucional se encuentran disponibles en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/> Las sentencias referentes a los derechos de los individuos y parejas LGBT se encuentran más fácilmente por temas en el website de la ONG Colombia diversa siguiendo el siguiente link: www.colombiadiversa.org.

9. Esta es la primera decisión en la que la Corte defiende el derecho de los alumnos gay a la no discriminación, y ordena que se reciba de nuevo en la institución a los dos muchachos expulsados por ser gays. La Corte protegió sus derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad. (COLOMBIA, T-101, 1998a).

10. Proyecto de Ley 85 de 2001, Proyecto de Ley 43 de 2002, Proyecto 113 de 2004, Proyecto 130 de 2005.

11. El proyecto de ley incluía la sociedad conyugal,

la afiliación al seguro de salud y la pensión de supervivencia.

12. Para un relato más detallado de este proceso legislativo ver (LEMAITRE, 2009). El 20 de julio de 2007 se volvió a radicar el proyecto de ley: esta vez se radicaron tres proyectos similares de tres partidos distintos.

13. Entrevista con Marcela Sánchez, directora de Colombia Diversa, y conversación con Esteban Restrepo, noviembre de 2006. Véase además www.colombiadiversa.org.

14. Para un recuento más detallado de esta jurisprudencia ver: (ALBARRACÍN; AZUERO, 2009).

15. Audio de la intervención de Sergio Pinheiro en dicha audiencia disponible en: http://www.colombiadiversa.org/index.php?option=com_content&task=view&id=738. Visitado el: noviembre de 2009.

16. Encuesta de la ONG Promover Ciudadanía (EL TIEMPO 2007a; 2007b).

17. Este es el tipo de impacto documentado por Munger y Engel (2003) en los discapacitados en Estados Unidos.

18. Bourdieu ha explicado su concepto de violencia simbólica en diversos textos. En una de sus obras más didácticas, con Loïc Waquant (1992, p. 167-168), la define como aquel elemento de la dominación que parte de la complicidad de los dominados en cuanto estos aceptan como natural el mundo social con sus estructuras de dominación y por lo tanto no reconocen la violencia de las estructuras cognitivas del mundo social. En el pie de página 123, Waquant explica que la diferencia entre este concepto y la hegemonía gramsciana es que para Bourdieu no hay un proceso de convencimiento de los grupos dominados sino que las estructuras cognitivas son las disponibles en el mundo social. En el caso de los significados sociales negativos de identidades estigmatizadas estos son aceptados como naturales no por convencimiento sino por que son parte de las estructuras cognitivas de las sociedades.

19. No sé si la situación continúe, pues no aparece en los informes de derechos humanos.

ABSTRACT

In a recent hearing before the Inter-American Commission for Human Rights, human rights activists denounced the violence in Colombia besetting lesbian, gay, bisexual, transvestite, transsexual and transgendered individuals (LGBT). Amongst the problems enumerated were abuse of police power, sexual violence in the prisons, murders fueled by hate, as well as several kinds of discrimination. This contrasts with the jurisprudence of the Constitutional Court, where there has been advancement in the protection of individuals' sexual rights. This article, which describes both the violence as well as the Court's sentencing, analyzes the symbolic role of the law and argues that these activists have an ambivalent relationship with the law: while wary of it, for its inefficacy, they mobilize for legal reform and benefit from the Court's progressive jurisprudence.

KEYWORDS

Gay rights – LGBT rights – Sexual rights – Same-sex equality – The Colombian Constitutional Court – Hate crimes

RESUMO

Em uma audiência recente perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ativistas denunciaram a violência que as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (LGBT) enfrentam na Colômbia. Entre os fatos denunciados estavam o abuso policial, as violações sexuais nas prisões, os assassinatos motivados pelo ódio, bem como múltiplas formas de discriminação. Isso contrasta com a jurisprudência avançada da Corte Constitucional da qual decorre a proteção da livre opção sexual. A partir de uma descrição tanto da violência como das sentenças, este artigo analisa o papel simbólico do direito e argumenta que os ativistas têm uma relação ambivalente com o direito: ao mesmo tempo em que desconfiam dele, por sua ineficácia, se advogam pela reforma legal e se beneficiam da jurisprudência progressista da Corte.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos dos homossexuais – Direitos LGBT – Direitos sexuais – Igualdade – Casais do mesmo sexo – Corte Constitucional colombiana – Violência por preconceito.



MALCOLM LANGFORD

Becario de Investigación del Centro Noruego de Derechos Humanos y Director de la Oficina Internacional de Hakijamii (Centro de Derechos Económicos y Sociales). Este trabajo fue presentado en la Reunión Internacional sobre Estrategias de la Red-DESC, que tuvo lugar del 1 al 4 de diciembre de 2008 en Nairobi, y elaborado en parte en colaboración con las organizaciones que

coordinan la Base de Datos de Jurisprudencia de la Red-DESC: Centre on Housing Rights and Evictions, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Social Rights Advocacy Centre. El autor agradece los útiles comentarios de Aoife Nolan y Khulekani Moyo.

Email: malcolm.langford@nchr.uio.no.

RESUMEN

Desde una perspectiva histórica, el avance de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la jurisprudencia comparada y estrategias de litigio resulta notable. Ha habido una ampliación y profundización de la exigibilidad de estos derechos por vía de los tribunales nacionales, comenzando por un número reducido de jurisdicciones y extendiéndose a países de todas las regiones y sistemas jurídicos del mundo. Si bien esta tendencia arroja dudas sobre las suposiciones tradicionales acerca de la no justiciabilidad de los DESC, continúa habiendo interrogantes conceptuales, instrumentales y empíricos. Este trabajo intenta ofrecer un panorama general que incluye las causas subyacentes de este desarrollo socio-jurídico, el carácter y contenido de la jurisprudencia emergente, las pruebas empíricas y debates en torno al impacto y lecciones aprendidas a partir de las estrategias de litigio. Como conclusión se ofrecen algunas ideas sobre cómo podría continuar el desarrollo de este campo.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodríguez.

Recibido en octubre de 2009. Aceptado en noviembre de 2009.

PALABRAS CLAVE

Justiciabilidad – Derechos sociales – Impacto – Litigio estratégico



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

JUSTICIABILIDAD EN EL ÁMBITO NACIONAL Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: UN ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO

Malcolm Langford

1 Introducción: El avance de la justiciabilidad de los DESC en el ámbito interno

Desde una perspectiva histórica, el avance de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la jurisprudencia comparada y estrategias de litigio resulta notable. Es difícil encontrar fallos y decisiones sobre DESC en la mayor parte del siglo XX, aunque en la legislación y el derecho administrativo se registra toda una serie de derechos sociales exigibles (ANNAN, 1988; KING, 2008). Los fallos más prominentes basados en los DESC internacionalmente reconocidos se limitaban a organismos como el Comité de Libertad Sindical de la OIT (FENWICK, 2008) o a sentencias aisladas dictadas en jurisdicciones nacionales como Alemania, Estados Unidos y Argentina (ALBISA; SCHULTZ, 2008; ACKERMAN, 2004; COURTIS, 2008). Por ejemplo, la Corte Constitucional Federal de Alemania dictaminó que existía el derecho a un nivel de vida básico mínimo (*Existenzminimum*) y que las universidades debían usar el máximo de recursos de que dispusieran para ofrecer vacantes a los candidatos a cursar estudios de medicina (Alemania, *Numerus Clausus I Case*, 1972).

En las últimas dos décadas hemos sido testigos de un cambio radical. Los DESC parecen haber sido rescatados en parte de las controversias en torno a la legitimidad, legalidad y justiciabilidad y en muchas jurisdicciones se les ha otorgado un lugar más preponderante en las actividades de defensa, en el discurso y la jurisprudencia (LANGFORD, 2008). Si fuéramos a especular respecto de la cantidad total de fallos que invocaron los DESC establecidos en constituciones y en el derecho internacional, diríamos que son entre cien y doscientos mil. Hoffman

Ver las notas del texto a partir de la página 132.

y Bentes (2008) cuentan más de 10.000 casos en Brasil solamente, y pueden observarse patrones similares en Colombia y Costa Rica (SEPÚLVEDA, 2008; WILSON, 2009). Es probable que la tendencia continúe con la adopción en 2008 de un procedimiento de quejas e investigación en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este Protocolo Facultativo podría generar mayor número de litigios en el ámbito nacional y reformas constitucionales en virtud de su requisito de que primero se agoten los recursos en el ámbito interno y de su papel en la promoción de la conciencia acerca de la potencial justiciabilidad de los DESC (MAHON, 2008; LANGFORD, 2009).

A menudo se le adjudica a la India el mérito de haber sido la primera jurisdicción en desarrollar lo que podría llamarse una jurisprudencia en DESC relativamente madura. Luego del surgimiento en la década de 1970 de los litigios de interés público en casos sobre derechos civiles y políticos, se le dio al derecho a la vida una interpretación amplia que incluía una serie de derechos económicos y sociales (DESAI; MURALIDHAR, 2000; INDIA, *Bandhua Mukti Morcha vs. Union of India*, 1984). En su primer caso de derechos sociales en 1980, la Corte Suprema de la India ordenó a un municipio cumplir con la obligación que le imponía la ley de proveer agua, saneamiento y sistemas cloacales (INDIA, *Municipal Council Ratlam vs. Vardhichand and others*, 1980). Sin embargo, las sentencias y las órdenes de la Corte Suprema con frecuencia han sido conservadoras, especialmente en lo relativo a los derechos al trabajo, la vivienda y la tierra, creando un cierto nivel de ambivalencia respecto de la experiencia en la India (MURALIDHAR, 2008; SHANKA; MEHTA, 2008).

Algunos fallos posteriores de la Corte Constitucional de Sudáfrica atrajeron la atención internacional por la claridad del razonamiento judicial y por estar basados en derechos constitucionales explícitos. En *Grootboom*, un caso precursor, un grupo de residentes que estaban viviendo en el borde de un campo de deportes presentó una demanda aduciendo que se estaba violando su derecho a la vivienda. La Corte determinó que las autoridades del gobierno no habían tomado medidas legislativas y de otra índole que fueran *razonables*, dentro de sus recursos disponibles, para lograr la efectividad progresiva del derecho a la vivienda dado que sus programas no se ocupaban de ofrecer auxilio a quienes carecían de acceso a un refugio básico (SUDÁFRICA, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000). En fallos posteriores, esta Corte ordenó la implementación de un programa para prevenir la transmisión del VIH/SIDA (SUDÁFRICA, *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, 2002) de madre a hijo, determinó la inconstitucionalidad de la exclusión de los migrantes de los beneficios de la seguridad social (SUDÁFRICA, *Mahlaule vs. Minister of Social Development, Khosa vs. Minister of Social Development*, 2004a) y, superando a la tímida jurisprudencia india sobre desalojos en zonas urbanas, emitió órdenes relativamente concretas en seis causas diferentes para impedir desplazamientos urbanos o asegurar el acceso al reasentamiento (SUDÁFRICA, *Port Elizabeth vs. Various Occupiers*, 2004b; *Jaftha vs. Schoeman and others*, 2005b; *President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others*, 2005b; *Van Rooyen vs.*

Stoltz and others, 2005a; *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others*, 2008). Al mismo tiempo, varios fallos como el de *Mazibuko* sobre el derecho al agua (SUDÁFRICA, *City of Johannesburg and Others vs. Lindiwe Mazibuko and Others Case*, 2009) avalan la opinión de quienes critican a la Corte diciendo que su enfoque de razonabilidad es demasiado débil respecto de las obligaciones positivas y excesivamente deferente para con el Estado (PIETERSE, 2007).

Estas experiencias en India y Sudáfrica simbolizan una tendencia más amplia y contemporánea de aceleración del uso del litigio en América latina y Asia Meridional y, en menor medida, Europa, América del Norte, Filipinas y algunos países africanos (COOMANS, 2006; GARGARELLA, DOMINGO Y ROUX, 2006; LANGFORD, 2008; ICJ, 2007; ODINDO, 2005, MUBANGIZI, 2006). Para tomar alguna de estas jurisdicciones, la Corte Constitucional de Colombia ha usado la acción de tutela en miles de casos tendientes a asegurar el acceso inmediato a medicamentos de personas viviendo con VIH/SIDA, beneficios de la seguridad social para indigentes, y subsidios de alimentos para mujeres embarazadas pobres y desempleadas (SEPULVEDA, 2008). Para abordar las violaciones sistémicas de los derechos económicos y sociales, la Corte también desarrolló la doctrina del ‘estado de cosas inconstitucional’, como la situación de los desplazados internos o aquella derivada de un sistema de salud disfuncional (YAMIN; PARRA-VERA, 2000).

Si bien el foco de este trabajo está puesto en la exigibilidad en el ámbito nacional, no debe pasarse por alto la dimensión internacional. Se han utilizado mecanismos internacionales y regionales, y la jurisprudencia de estos órganos ha moldeado la interpretación de los DESC a nivel nacional (M. BADERIN, 2007; LANGFORD, 2008b). Por ejemplo, la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre trabajo infantil en el caso *Comisión Internacional de Juristas c. Portugal* ha tenido un impacto significativo sobre el derecho y la práctica en Portugal (COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, *ICJ vs. Portugal*, 1999). La decisión de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso *SERAC c. Nigeria* es notable por su articulación de las obligaciones de los Estados Africanos respecto de los DESC y, si bien no fue implementada en gran medida, proveyó una norma rectora clave para el continente y para litigios posteriores en Nigeria (COMISION AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, *Purohit and Moore vs. The Gambia*, 2003)¹. Incluso la Corte Internacional de Justicia ha salido al ruedo, sosteniendo que el Estado de Israel había violado el PIDESC y la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC) al construir el muro de ‘seguridad’ y su régimen asociado (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 2004). Más allá de los mecanismos internacionales de derechos humanos, ha aumentado la intervención de los movimientos y organizaciones de la sociedad civil en controversias internacionales relacionadas con las inversiones, junto con el uso del Panel de Inspección del Banco Mundial y los procedimientos de quejas de las directrices de la OCDE para empresas multinacionales, a pesar de sus limitados poderes (PETERSON, 2009; CLARK, FOX & TREACLE, 2003; CERNIC, 2008).

Este bosquejo no busca trazar un panorama simple y optimista. Una cantidad significativa de Estados, muchos del Sudeste Asiático, Medio Oriente y Occidente,

se han negado a constitucionalizar los derechos con un efecto justiciable. Esto ocurre a pesar de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC) instó con vehemencia a todos los Estados a tomar esa dirección en su Observación General No. 9 y les hizo recomendaciones especiales a algunos Estados, como Canadá, el Reino Unido y China, en el transcurso del examen periódico (NACIONES UNIDAS, 1998; 2002; 2005; 2006). En otras jurisdicciones persisten las objeciones filosóficas a la justiciabilidad de los DESC aun cuando los derechos estén establecidos como justiciables en la constitución. Irlanda es un buen ejemplo de esta situación (NOLAN, 2008). En la decisión del caso *O'Reilly*, que luego fue ratificada por la Corte Suprema de Irlanda, el Ministro de la Corte Costello declaró que “ningún árbitro independiente, como un tribunal, puede juzgar respecto de la afirmación de una persona en el sentido de que ha sido privada de lo que le corresponde” si ello involucrara una distribución de recursos públicos para el bien común (IRLANDA, *O'Reilly*, 1989). Los tribunales de Europa del Este también han exhibido niveles similares de conservadurismo o lo que podría considerarse activismo neo-judicial. No estoy sugiriendo que deberían desestimarse las preocupaciones por los aspectos democráticos e institucionales de la función de los tribunales. En algunos casos o jurisdicciones el péndulo puede haber oscilado hasta llegar demasiado lejos. Doctrinas tales como la división de poderes deberían fijar límites a los tribunales, pero la pregunta para muchos es dónde deberían trazarse esos límites y si las innovaciones jurisprudenciales, procesales y en materia de remedios pueden disipar estas preocupaciones en la práctica.

Este trabajo se dispone a brindar un panorama socio-jurídico sobre la exigibilidad de los DESC en el ámbito nacional formulando algunas preguntas sobre sus orígenes, contenido, impacto y estrategias. Parte de cuestiones que pueden ser de relevancia particular para quienes ejercen la práctica jurídica y para los movimientos sociales, sin explayarse respecto de cuestiones de teoría jurídica o política. La sección 2 intenta identificar algunas de las razones que dan lugar al surgimiento de la jurisprudencia y qué obstáculos siguen enfrentando los defensores de los derechos en muchas jurisdicciones nacionales. En la sección 3, se analizan las tendencias en la jurisprudencia utilizando ciertas categorías, mientras que en la sección 4 se abordan las evidencias emergentes de los impactos del litigio. La sección 5 delinea algunas lecciones clave sobre estrategias de litigio, en especial según la mirada de los defensores de derechos, y la última sección del documento repasa brevemente algunas estrategias que podrían ser efectivas para los movimientos y organizaciones que se desempeñan en este ámbito.

2 Razones del avance de la justiciabilidad de los DESC

Un supuesto jurídico habitual es que el grado de justiciabilidad es función del *paisaje jurídico*. El aumento en la cantidad de jurisprudencia se relaciona claramente con el avance de la constitucionalización de los DESC (SIMMONS, 2009), particularmente en América latina, Europa del Este, África y, en menor medida, Occidente. No obstante, la jurisprudencia de los DESC no siempre ha surgido en forma pareja en estas jurisdicciones y también ha florecido en

jurisdicciones que tienen un enfoque más restrictivo de la justiciabilidad, por ejemplo Asia Meridional.

Charles Epp (1998) intenta una segunda teoría según la cual el avance de las ‘revoluciones de los derechos’ (para todos los derechos) por la vía judicial se basaba en la *configuración de la sociedad civil*. Epp sostiene que “la atención y reconocimiento judicial sostenido de los derechos individuales surgió principalmente de la presión desde abajo y no de un liderazgo desde arriba”. Señala “el esfuerzo cuidadoso y estratégico de los defensores de los derechos” que fue posible gracias a “la estructura de apoyo para la movilización legal conformada por organizaciones de defensa de los derechos, abogados dedicados a la defensa de los derechos... y fuentes de financiamiento”. Sin duda, en el ámbito de los DESC, la mayor parte de los casos de gran escala y que sentaron precedentes han sido impulsados por movimientos sociales, comunidades indígenas, organizaciones de derechos humanos y de la mujer, y grupos que trabajan por los derechos de los niños, los migrantes, las minorías, las personas con discapacidades y las personas que viven con VIH/SIDA, con un considerable grado de coordinación y apoyo. Estos nuevos actores no estatales han acrecentado el movimiento sindical tradicional y en general han estado más dispuestos a usar los tribunales como vehículos de cambio social. En algunos casos, este movimiento está compuesto de ‘izquierdistas’ que se van inclinando hacia ‘modelos más reformistas basados en los derechos’ (GARGARELLA, DOMINGO & ROUX, 2006) pero está igualmente integrado por organizaciones tradicionales de derechos civiles y políticos que han ido incorporando cada vez más los derechos sociales en su agenda.

Sin embargo, casos como el de Costa Rica arrojan dudas sobre el poder explicativo de esta tesis. Los litigios han proliferado en ausencia de una estructura significativa de apoyo para la movilización ante los tribunales (WILSON, 2009). En América Latina y Asia Meridional se han iniciado numerosas causas por demandas presentadas directamente por particulares y pequeñas comunidades que actúan por fuera de cualquier estructura de apoyo para la movilización ante la justicia. Así, el recurso a los tribunales como respuesta a violaciones de los derechos humanos, incluidos los DESC, no puede explicarse haciendo referencia a un único factor. Diversos Estados con garantías justiciables similares han seguido trayectorias distintas (LANGFORD, 2008b) y Gauri y Brinks (2008, p. 14) señalan el cálculo estratégico de los actores relevantes: “Los potenciales litigantes, por ejemplo, evalúan sus capacidades de acción legal y el posible beneficio de presentar, en cambio, una demanda en el ámbito político (o incluso de ir al mercado)”. Quienes deseen identificar los medios que puedan alentar la exigibilidad de los derechos sociales deben comprender los múltiples factores que han llevado a su éxito y fracaso. Obviamente, asegurar la inclusión de derechos constitucionales y exigibles y una sociedad civil bien financiada y organizada aumentará las probabilidades pero no será decisivo, y los siguientes dos factores parecen tener igual importancia.

El primero es la *configuración institucional* del sistema jurídico, en particular la disponibilidad de tribunales, sus procesos, la orientación de los jueces y la existencia de jurisprudencia en derechos civiles y políticos. Muchas víctimas de violaciones enfrentan serias dificultades simplemente para acceder a un tribunal. Éste es un

problema particularmente grave en zonas periféricas a los centros urbanos y en zonas rurales. Según un estudio realizado en Sudáfrica, sólo el 1 por ciento de los desalojos de residentes de zonas rurales siguió un procedimiento judicial a pesar de que la constitución exige una orden judicial para cualquier desalojo (SOCIAL SURVEY AFRICA, NKUZI DEVELOPMENT ASSOCIATION, 2005). Esta brecha en el acceso se agrava con la falta de asistencia legal² específica y asequible y la corrupción de la justicia. En Camboya, muchos han señalado la inutilidad de las estrategias judiciales debido a la corrupción sistémica del poder judicial. Sin embargo, cabe destacar que los defensores de derechos humanos actualmente están utilizando estrategias de litigio ante la aparente ausencia de otros recursos o estrategias alternativas.

Otras jurisdicciones se caracterizan por tener procedimientos judiciales complejos e inflexibles con una pesada carga de la prueba para los demandantes, una aversión a los mecanismos colectivos o de interés público o a los procedimientos innovadores de instrucción o remediales (COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, 2008). Algunos de estos problemas han sido abordados. Los tribunales de la India, Pakistán, Bangladesh, Sri Lanka y Nepal como así también los de Costa Rica y Colombia han desarrollado procedimientos de litigios de interés público que facilitan los reclamos individuales y colectivos; por ejemplo, pueden iniciarse causas con una simple presentación (hasta con una postal) y los tribunales desempeñan un papel procesal más activo. Las constituciones de Argentina, Hungría, Nigeria y otros países permiten acciones colectivas, mientras que la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado la práctica de agrupar causas que son similares si considera que se está dando una situación inconstitucional. Sin embargo, estos tribunales difieren en su capacidad de lidiar con la creciente carga de trabajo. Los tribunales de Colombia y Costa Rica se han desempeñado mejor que sus pares de la India en la tramitación de decenas de miles de causas, mientras que la Corte Suprema de Pakistán hizo más restrictivos sus procedimientos de admisibilidad como resultado de esta situación. La Comisión Internacional de Juristas (2008) también observa que en los sistemas de derecho continental, el Estado tiene ventajas procesales sobre los demandantes particulares. Otros argumentan que los sistemas tradicionales de derecho continental pueden estar mejor equipados que los del derecho anglosajón para proveer a los demandantes particulares una solución básica y urgente. Sin embargo, las órdenes de provisión de reparación inmediata pueden permitir a los tribunales hacer caso omiso de otros potenciales beneficiarios y de las limitaciones de recursos, lo que podría generar mayores dilemas éticos, legales e institucionales (HOFFMAN y BENTES, 2008), a menos que se cuente con procedimientos altamente desarrollados (véase ROACH, 2008).

La orientación o preferencias de los jueces son también decisivas. Algunos interpretan los DESC o los estándares relativos a estos derechos desde un enfoque teleológico, mientras otros han permanecido más ‘conservadores’, aun frente a derechos justiciables explícitos. Un tercer grupo de jueces simplemente parece desconocer la existencia de estándares y jurisprudencia en materia de derechos humanos. Estas diferencias a menudo se observan dentro de un mismo país; los jueces fuera de las zonas urbanas tienden a estar menos familiarizados con los

derechos humanos y suelen ser más conservadores. Esta orientación no es estática. En una causa pionera por derechos a la vivienda en Sudáfrica, el solicitante, abogado, envió con anticipación al domicilio particular del juez varios libros sobre el tema, lo que parece haber tenido algún efecto sobre la decisión final (SUDÁFRICA, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000)..Asimismo, el poder judicial a menudo procura mantener su legitimidad frente al Poder Ejecutivo, que suele tener el poder de designación, y se asegura de emitir fallos que puedan implementarse. Por lo tanto, las decisiones judiciales en algunos casos sólo pueden entenderse como parte de la interacción histórica más general entre los distintos órganos del Estado (ROUX, 2009). Esta variable de la cultura judicial también se ve afectada por concepciones más amplias acerca de la naturaleza y alcance de los derechos humanos. En los países en los que los DESC no fueron parte de la mitología fundante de la constitución (lo que afecta en particular a las constituciones anteriores a 1980), estos discursos sociales más amplios juegan un rol en el ámbito de decisión de los tribunales.

Otro factor institucional relevante parece ser la existencia de jurisprudencia en derechos civiles y políticos. Es más probable que los tribunales que se sienten cómodos con el razonamiento jurídico y aplicación general de los derechos humanos extiendan el razonamiento al ámbito de los DESC. Los derechos civiles y políticos bien protegidos también ayudan a crear algunas de las condiciones subyacentes para los litigios por derechos sociales, como la libertad de expresión, procedimientos judiciales efectivos y cierto grado de atención a la efectividad de los remedios. Sin embargo, también puede ocurrir lo contrario. Morka (2003) señala que los litigios por los DESC en Nigeria durante los años de la dictadura eran más aceptables que las causas por derechos civiles y políticos (MORKA, 2003, p. 113). En China se observa en la actualidad un fenómeno similar (TANG, 2007).

Un último conjunto de variables explicativas se relaciona con *el nivel de efectividad de los derechos sociales y económicos* dentro del máximo de recursos de que disponga el Estado. La receptividad judicial de las demandas por derechos sociales, en particular los positivos, en general está condicionada por pruebas elocuentes de falta de cumplimiento por parte del Estado o privados. El sufrimiento inhumano frente a la negativa del Estado a cumplir su propia legislación y políticas ha dado lugar a gran parte de la jurisprudencia innovadora en países como Sudáfrica, Estados Unidos, India y Colombia, pero puede ser una de las razones por las que los litigios han sido poco frecuentes en un Estado como Noruega. Como observan paradójicamente Gauri y Brinks, en el ámbito de los derechos sociales y económicos, los tribunales a menudo actúan como “actores pro-mayoritarios” en el sentido de que “sus acciones achican la brecha entre las creencias sociales ampliamente compartidas y las preferencias políticas incompletas o embrionarias por parte de los gobiernos, o entre el comportamiento de las empresas privadas y los compromisos políticos expresados” (GAURI Y BRINKS, 2008, p. 28). Por lo tanto, los litigios que abordan el incumplimiento sistémico y de larga data pueden tener más probabilidades de éxito cuando ha habido una ineptitud política clara. Una explicación distinta aunque complementaria sería que en los países con muy altos niveles de desigualdad social estructural resulta muy difícil para los grupos e individuos marginados hacer un

uso efectivo de los mecanismos de representación. En tales circunstancias, si los tribunales conservan un alto grado de independencia, es menos probable que sean excesivamente condescendientes a ejecutivos y legislaturas elitistas o mayoritarios.

3 Logros legales sustantivos y remediales y barreras conceptuales

Si observamos la jurisprudencia misma, podríamos notar que uno de sus primeros ‘logros’ ha sido que su peso acumulado ha contribuido a derribar dos objeciones filosóficas de larga data a la justiciabilidad de los DESC. Tales objeciones fueron bien expresadas por Vierdag, que señaló, en forma un tanto circular, que: (1) *los DESC no eran derechos legales* ya que no eran inherentemente justiciables; y (2) *los DESC no eran justiciables* porque involucraban temas de *política y no de derecho*. Al exponer su tesis, daba el típico y consabido ejemplo: ‘la aplicación de estas disposiciones [del PIDESC] es una cuestión política, no una cuestión de derecho’ dado que un tribunal debe priorizar recursos ‘dándole o quitándole a una persona un trabajo, una vivienda o la educación’. (VIERDAG, 1978, p. 69).

Estas críticas conceptuales tienen ahora menos peso. Comentaristas como Dennis y Stewart (2004, p.462) reconocen que la justiciabilidad es posible aun cuando a ellos personalmente no los entusiasme. Esto se debe a que muchos jueces han desestimado el primer argumento aduciendo que la inclusión de los DESC en declaraciones constitucionales de derechos y en el derecho internacional significa, *ipso facto*, que los derechos son legales. Como lo determinó un tribunal, “los derechos sociales y económicos están expresamente incluidos en la Declaración de Derechos; no se puede decir que existen sólo en papel... y los tribunales están obligados por la constitución a asegurar que los mismos sean protegidos y cumplidos”. Al abordar la diferencia entre el derecho y la política expresada en la segunda objeción, muchos tribunales han trascendido consideraciones más abstractas para adoptar o adaptar principios legales existentes a casos particulares. La Corte Constitucional de Sudáfrica invocó así un enfoque gradualista clásico del derecho anglosajón y señaló en la causa *Grootboom*: ‘La cuestión entonces no es si los derechos sociales y económicos son justiciables en virtud de nuestra constitución, sino cómo aplicarlos en un caso específico’. (SUDÁFRICA, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000).

Hay otras dos objeciones filosóficas y jurídicas que son más persistentes y presentan fundamentos para determinar los límites o la forma de la justiciabilidad de los DESC. La primera es la afirmación de que la justiciabilidad es *democráticamente ilegítima*, la cual no se limita necesariamente a los derechos sociales y económicos (WALDRON 2006; BELLAMY 2008). La revisión judicial de los derechos humanos, en particular la revocación de legislación, sigue siendo algo controvertido en algunos ámbitos. Los DESC tradicionalmente han sido considerados un problema adicional, dado que requieren que el Poder Legislativo y el Ejecutivo legislen o establezcan prioridades de gasto y políticas. Esta preocupación por las implicancias para la doctrina de la división de poderes, una de las preocupaciones democráticas, llevó a un tribunal a declarar que ‘si los jueces tuvieran que emprender tales tareas, diseñando los detalles de las políticas en casos individuales o en general, y priorizando ciertas áreas

de política frente a otras, estarían yendo más allá de la función que les corresponde” (IRLANDA, *Sinnot*, Justice Hardimann, para. 375-377, 2001)³.

La idea de que la democracia se ve amenazada por la justiciabilidad de los derechos humanos ha sido ampliamente debatida en la ciencia política y en la teoría del derecho. Pueden encontrarse algunos argumentos en contra de esta objeción en FABRE, 2000; GARGARELLA, 2006; BILCHITZ, 2007. Estos argumentos a menudo abrevan en la teoría democrática tradicional (por ej., que la revisión judicial de los derechos sociales complementa a la democracia parlamentaria tomando en cuenta a las minorías y permite a ciudadanos y residentes participar efectivamente en el proceso democrático mediante un adecuado acceso a la educación, la alimentación, etc.), presentan argumentos sustantivos (por ej., los DESC deben ser protegidos como derechos fundamentales al igual que los derechos civiles y políticos) o procuran destacar el papel específicamente legal o deliberativo del Poder Judicial (su función de rendición de cuentas y no de formulación de política y su capacidad de brindar un foro para que las personas interactúen con el Estado respecto de los derechos fundamentales en forma más considerada). Estas consideraciones suelen aparecer en la jurisprudencia, aunque con resultados diversos. La Corte Federal de Suiza justificó en parte su derivación de un derecho a la subsistencia mínima de una serie de derechos civiles y políticos con argumentos democráticos y sustantivos: “La garantía de la satisfacción de necesidades humanas elementales como el alimento, la vestimenta y el abrigo, es la condición para la existencia y desarrollo humanos como tales. Es al mismo tiempo un componente indispensable de un sistema de gobierno constitucional y democrático” (SUIZA, *V. vs. Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons*, para. 2(b), 1995). Y estableció límites jurídicos acotados, declarando que intervendría únicamente si primero se demuestra que el Estado ha incumplido su deber de proveer un nivel mínimo de asistencia social para un adecuado nivel de vida de todas las personas que residan en su territorio (SUIZA, *V. vs. Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons*, para. 2(b), 1995).

La segunda objeción persistente es *institucional* y dice que los jueces no están capacitados para esta tarea ya que no sólo carecen de los necesarios conocimientos específicos e información sobre cuestiones económicas y sociales sino que además no están en posición de resolver las consideraciones políticas en puja y las consecuencias que surgirían de sus decisiones. Éstas son, por supuesto, limitaciones reales. Pero puede decirse que son en gran parte relativas y no absolutas. Todas las áreas del derecho requieren cierto nivel de conocimientos específicos y las instituciones con facultades judiciales han respondido al desafío relativo a la falta de información utilizando órganos especializados, peritos y presentaciones *amicus curiae*, un fenómeno que ha sido adoptado en el marco de las acciones de justiciabilidad de los DESC. Scott y Macklem (1992) tratan este problema desde una perspectiva positiva argumentando que la justiciabilidad de los derechos sociales desempeña una función valiosa al poner en el dominio público información que en general puede no estar disponible para la legislatura: violaciones concretas de derechos, en particular de grupos marginados. Horowitz (1977) señala que este argumento en parte pierde fuerza por el hecho de que los tribunales también tienden a mirar hacia atrás, en el sentido de que usan precedentes como evidencia existente.

El desafío aparentemente real es el dilema ‘policéntrico’, como lo llamó Lon Fuller (1979), quien argumentó que el Poder Judicial no puede y no debe ocuparse de situaciones que tengan repercusiones complejas más allá de las partes y los hechos frente al tribunal. Quienes critican la justiciabilidad de los derechos sociales en general temen que un fallo en virtud del cual se otorgan más fondos para la vivienda, por ejemplo, ponga en peligro el financiamiento de la salud o la policía (VIERDAG, 1978). El problema de este argumento es que prácticamente todas las áreas de la justiciabilidad implican cuestiones policéntricas (KING, 2008). Sin embargo, esta objeción ha llevado a innovaciones judiciales y no al activismo o a la resignación. La primera es el uso de principios legales claramente definidos como la razonabilidad, o la adaptación del procedimiento y los remedios. (CHAYES, 1976; ROACH, 2008). Por ejemplo, la orden de la Corte Suprema de Canadá en la causa *Eldridge c. British Columbia*, relativa a la provisión de servicios de interpretación a pacientes sordos en los hospitales, estableció que: “Una sentencia declarativa, a diferencia de alguna medida de tipo cautelar, es el remedio adecuado en este caso ya que el gobierno tiene incontables opciones que pueden rectificar la inconstitucionalidad del sistema actual. No le corresponde a esta Corte dictaminar cómo ha de lograrse esto’ (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997).

3.1 Eliminación y limitación de derechos

En algunas jurisdicciones, la mayoría de las causas por DESC han sido reflejo de los reclamos tradicionales por derechos civiles y políticos. Esto se ha dado en demandas de larga data por derechos laborales en relación con la libertad sindical y despidos injustos, aunque los tribunales cada vez más han ido revisando la legislación en esta área. En la causa *Aquino*, la Corte Suprema de Argentina revocó una ley de 1995 que restringía fuertemente las indemnizaciones por accidentes laborales con el argumento de que era violatoria de toda una serie de normas internacionales, incluido el PIDESC (ARGENTINA, *Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. s/accidentes ley 9688*, 2004). Más recientemente, ha habido un aumento significativo de causas relacionadas con la denegación del acceso a la atención de la salud, educación y seguridad social, desalojos forzosos y eliminación de servicios básicos o interferencia con el ejercicio de los derechos culturales, en particular de pueblos indígenas (véase panorama general en LANGFORD, 2008b). En muchos casos, los tribunales están exigiendo tanto justificación sustantiva como debido proceso antes de que se vean afectados intereses sociales y económicos vitales. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia detuvo la explotación de recursos naturales en territorios indígenas por violaciones de los derechos de los pueblos indígenas a los territorios ancestrales, así como también de los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la identidad cultural (SEPÚLVEDA, 2008, p. 158). Algunas causas han tenido superposiciones directas con los derechos civiles y políticos. La Corte Suprema de Bangladesh (BANGLADESH, *Bangladesh Society for the Enforcement of Human Rights and Others vs. Government of Bangladesh and Others*, 2000) dictaminó que el desalojo forzoso de una gran cantidad de trabajadoras del sexo y sus hijos violaba su derecho a la vida, que incluía el derecho al sustento y el derecho a la protección contra el desalojo.

Si bien estas causas pueden parecer conceptualmente claras, es de notar que desafían intereses poderosos en términos de la autoridad del Estado y la expectativa económica. El resultado es que la jurisprudencia no siempre es coherente. El caso de la *Represa de Narmada* en la India es un buen ejemplo de la reticencia del tribunal a dar efectividad a su propio fallo en el que ordenaba una indemnización o la provisión de un medio de sustento alternativo para los desplazados (INDIA, *Narmada Bachao Andolan vs. Union of India*, 2000). La jurisprudencia también parece estar afectada por otros dos factores. En primer lugar, las características del demandante. Si las violaciones afectan a grupos considerados ilegales en virtud de la legislación nacional –por ejemplo, personas que viven y trabajan en la economía informal–, la respuesta de la justicia en algunos países a veces puede ser menos favorable, mientras que en otros puede ocurrir lo contrario si la justicia y la sociedad consideran que el grupo en cuestión tiene una mayor necesidad de protección. En segundo lugar, y esto se relaciona con el primer factor, resulta notable que en aquellos países en los que los DESC están explícitamente incorporados a la constitución, las órdenes emitidas suelen ser más firmes. En la jurisprudencia de Asia Meridional, el alojamiento alternativo en el caso de los desalojos forzosos a menudo se formula como una recomendación remedial (INDIA, *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation*, 1985), pero en una serie de causas en Sudáfrica, donde el derecho a la vivienda y a la protección contra el desalojo forzoso está reconocido en la constitución, los tribunales han exigido mayor justificación para los desalojos y la creación de situación de calle (SUDÁFRICA, *Port Elizabeth vs. Various Occupiers*, 2004b): “En términos generales, sin embargo, un tribunal debería ser reticente a ordenar el desalojo de ocupantes relativamente asentados a menos que tenga conocimiento de la disponibilidad de una alternativa razonable, aunque sea una medida provisoria pendiente del acceso definitivo a la vivienda en el programa habitacional formal”. Por lo tanto, la estrategia de litigio deberá tener en cuenta el equilibrio de poder, el derecho y las normas morales imperantes que pueden influir sobre las clases medias y los poderes judiciales conservadores.

Estas pruebas sustantivas y procesales también están siendo adoptadas para proteger no sólo los activos, recursos, posiciones y espacio de organización de personas, comunidades y asociaciones, sino también el mantenimiento de programas y servicios gubernamentales. A nivel internacional, el desmantelamiento de programas o servicios sociales es considerado como una ‘medida regresiva’ y requiere consideración explícita de los recursos disponibles de un Estado además de otras consideraciones sustantivas y procesales (NACIONES UNIDAS, 1990). En Portugal, la decisión del gobierno de eliminar el Servicio Nacional de Salud y aumentar la edad para acceder a una renta mínima de inserción fue considerada una medida regresiva violatoria del derecho a la salud y a la seguridad social respectivamente (PORTUGAL, *Decision (Acórdão) nº39/84*, 1984a; *Decision (Acórdão) nº 509/2002*, 1984b). Sin embargo, estos casos no son muchos y es importante explorar por qué: ¿el problema es contar con ‘pruebas suficientes en un período de tiempo corto y a menudo muy cargado políticamente? ¿Es más probable que los tribunales tengan para con los gobiernos mucha deferencia si se dice que un país ha entrado en recesión, por ejemplo, o necesita adoptar un nuevo

modelo económico? ¿O es que los defensores de derechos recién están entrando en este ámbito? Pensemos en el creativo argumento del caso de Sudáfrica *Mahlangu c. Departamento de Desarrollo Social* en el cual los actores argumentaron que la negativa a extender subvenciones a la infancia a las personas de 15-18 años violaba el principio de realización progresiva.

3.2 Limitación del poder de los actores privados

Los litigios por los DESC están cada vez más relacionados con las acciones de los actores no estatales: desde empresas multinacionales⁴ hasta los nuevos proveedores de servicios bajo la forma de asociaciones público-privadas así como a través de miembros de la familia y líderes tradicionales. Si bien el marco jurídico de los derechos humanos está obviamente muy centrado en el Estado, algunas constituciones y leyes permiten la presentación de demandas directamente contra los actores privados, mientras que algunos órganos con facultades judiciales se han concentrado en la función de protección que tiene el Estado. En relación con lo primero, muchos casos tienen que ver con el derecho al trabajo, donde el papel de los actores privados es significativo en economías de mercado. La Corte Constitucional de Colombia dictaminó que un empleador estaba violando el derecho al trabajo al haber despedido a un empleado luego de que su análisis de VIH diera positivo y ordenó el pago de una indemnización (COLOMBIA, *SU-256*, 1996). En la causa *Slaight Communications*, la Corte Suprema de Canadá sostuvo que la decisión de un árbitro laboral privado debe respetar la Carta Canadiense, que debe interpretarse en la mayor medida posible tomando en consideración los derechos contenidos en el PIDESC (CANADÁ, *Slaight Communications Inc. vs. Davidson*, 1989). En la causa *Vishaka c. Estado de Rajasthan*, sobre acoso sexual en el lugar de trabajo, la justicia de la India recurrió a la CEDAW para desarrollar directrices que permanecerían vigentes hasta que el Parlamento sancionara una ley adecuada (INDIA, *Vishaka and others vs. State of Rajasthan and others*, 1997).

En cuanto a la segunda forma, la obligación de proteger, podemos mencionar ejemplos como la primera demanda que dirimió el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En *A.T. c. Hungría* (NACIONES UNIDAS, 2003), el Comité hizo extensas recomendaciones en un caso sobre violencia doméstica incluyendo la reforma de la legislación y la provisión de servicios de apoyo sociales y habitacionales. En el caso *Comunidades Indígenas Maya*, la Comisión Interamericana determinó que Belice había violado los derechos a la igualdad y a la propiedad de poblaciones mayas al otorgar concesiones de desmonte y explotación minera sin su consentimiento y sin ningún proceso de consulta (CIDH, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District vs. Belize*, 2005). En *Tatad c. Secretario del Departamento de Energía*, la Corte Suprema de Filipinas revocó una ley de desregulación que habría permitido que las tres principales empresas petroleras no tuvieran que pedir permiso a la autoridad reguladora para aumentar los precios. Invocando el derecho a la electricidad, la Corte advirtió que un aumento en los precios del petróleo amenazaría con ‘multiplicar la cantidad de personas con la espalda encorvada y una lata en la mano para la limosna’ y declaró que no podía

‘eludir su deber de revocar una ley que ofende a la constitución’ a pesar de que dicha ley constituyera una ‘decisión económica del Congreso’ (FILIPINAS, *Tatad vs. Secretary of the Department of Energy*, 1997). La Corte señaló también la forma en que el gobierno podría lograr el mismo resultado mediante una enmienda legislativa, algo que hizo de inmediato.

Sin embargo, existen numerosos obstáculos en este ámbito. En primer lugar, los litigios horizontales tienden a ser contractuales y a estar basados en la legislación de daños, lo que puede ser suficiente, pero sólo en pocas ocasiones se usan las normas de los DESC establecidas en la constitución o en las leyes (por ej., la ley de discriminación) para asegurar que tales leyes o principios siempre protejan los derechos humanos. En segundo lugar, los procesos de privatización parecen ser cuestionados con una frecuencia menor a la que podría imaginarse, aunque ahora se pueden señalar casos en Egipto y Sri Lanka en los que se detuvo la privatización de los servicios de salud y de agua como consecuencia, en parte, del impacto de decisiones judiciales (ARGENTINA, *Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. slaccidentes ley 9688*, 2004). Esto puede deberse a la velocidad y la reserva con la que se desarrollan estos procesos y las dificultades que presenta la preparación de argumentos sustantivos. Dado que los derechos humanos por lo general son considerados neutrales respecto de la elección del sistema económico, hacen falta pruebas que demuestren que la privatización va a afectar derechos económicos y sociales, lo que en general se consigue después de concretados los hechos. No obstante, algunos movimientos e incluso gobiernos han hecho un uso más laxo de argumentos más creativos basados en la obligación de proteger con el fin de impedir la privatización litigando por estándares mínimos que hagan que la provisión con fines de lucro resulte difícil (ARGENTINA, *Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. slaccidentes ley 9688*, 2004) o cuestionando el proceso con argumentos relacionados con la participación u otras objeciones procesales. (SUDÁFRICA, *Nkonkobe Municipality vs. Water Services South Africa (PTY) Ltd & Ors*, 2001b).

En tercer lugar, las órdenes remediales pueden ser más difíciles de elaborar. En Sudáfrica, los desalojos por parte de los propietarios son cada vez más cuestionados con el argumento de que violan el derecho a la vivienda, pero los actores privados argumentan que no se está respetando su derecho a la propiedad y que las obligaciones respecto del derecho a la vivienda recaen sobre el Estado. La solución a la que se está recurriendo con mayor frecuencia consiste en incluir al gobierno como tercero de modo de obligarlo a explicar los avances en su programa habitacional y a brindar alojamiento alternativo en caso de desalojo (SUDÁFRICA, *Blue Moonlight Properties 39 Pty (Ltd) vs. The Occupiers of Saratoga Avenue and the City of Johannesburg*, 2008) o, como ocurrió en un caso, pagarle una indemnización al dueño de la propiedad (SUDÁFRICA, *President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Other*, 2005b). Cuarto, la protección de los derechos humanos no siempre se extiende si las leyes limitan las obligaciones a los actores públicos. Por ejemplo, la prueba para determinar si un proveedor privado es una autoridad pública en el Reino Unido y por lo tanto queda encuadrado dentro de la Human Rights Act ha sido interpretada en forma conservadora (REINO UNIDO, *Donoghue vs. Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd*, 2002a). No obstante,

en la causa *Eldridge* en Canadá, la Corte determinó que los hospitales, aunque sean no gubernamentales, eran proveedores de servicios de salud financiados con fondos públicos y ofrecían un programa integral de salud en nombre del gobierno, y por lo tanto estaban obligados a respetar el derecho a la igualdad establecido en la Carta Canadiense (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997).

3.3 Imposición del deber de los Estados de adoptar medidas para dar efectividad a los derechos

Como ya se dijo, el hecho de que los tribunales de justicia les ordenen a los Estados u otros actores adoptar medidas positivas se encuentra en el centro del debate sobre la justiciabilidad de los DESC. La jurisprudencia emergente contiene toda una serie de respuestas prácticas a estos dilemas, que son reflejo, en gran medida, de la tendencia en derechos civiles y políticos de imponer obligaciones positivas (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Airey vs. Ireland*, 1979). En términos generales, muchos jueces tienden a exigir el cumplimiento de las dos obligaciones estatales clave identificadas en la Observación General No. 3 del Comité DESC (NACIONES UNIDAS, 1990)⁵, o de alguna de ellas. Éstas son la obligación de *adoptar medidas* adecuadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos dentro de los recursos de que disponga y la obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos *niveles esenciales* de cada derecho, recayendo sobre el Estado la obligación de presentar pruebas en el caso de argumentar que esto no puede lograrse por falta de recursos.

Colombia es un ejemplo de una jurisdicción que adoptó y exigió el cumplimiento de ambas obligaciones. La Corte Constitucional ha reconocido que las obligaciones respecto de los DESC son de índole progresiva (COLOMBIA, *SU-111/97*, 1997) pero ha hecho hincapié en que el Estado, como mínimo, ‘debe elaborar y adoptar un plan de acción para la satisfacción de los derechos’ (COLOMBIA, *T-595/02*, 2002; *T-025/04*, 2004). Del mismo modo, y con mucha mayor frecuencia, la Corte junto con los tribunales inferiores, recurre a la Acción de Tutela para la satisfacción inmediata de ‘las condiciones mínimas para la vida digna’ de un individuo, que se basa en el derecho a la vida, la dignidad y la seguridad, con una conexión cada vez mayor con los DESC. Este enfoque dualista es evidente en Finlandia, donde las autoridades han sido reprobadas por *no adoptar suficientes medidas* para asegurar el trabajo para una persona en busca de empleo y por *no proveer de inmediato* servicio de cuidado de niños para una familia (FINLANDIA, *Employment Act Case*, 1997; *Child-Care Services Case*, 1999; *Medical Aids Case*, 2000)⁶. Los tribunales del estado de Nueva York anularon la política de financiamiento escolar con el argumento de que no brinda una educación adecuada y determinaron ‘la obligación positiva del estado’ de brindar prestaciones de seguridad social a toda persona considerada indigente según el ‘estándar de necesidad’ del estado (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, *Tucker vs. Toia*, 1997).

Otros tribunales han seguido sólo uno de estos caminos. La Corte Constitucional de Sudáfrica ha optado sólo por lo primero, utilizando el parámetro

de la razonabilidad, y rechazó la idea de la obligación mínima de asegurar la satisfacción inmediata de un nivel esencial de los derechos (BILCHITZ, 2002, p. 484, BILCHITZ, 2003, p. 1, LIEBENBERG, 2005, p. 73). Los máximos tribunales de Hungría y Suiza han adoptado la postura opuesta. Se han negado a hacer cualquier tipo de examen acerca de si el gobierno ha adoptado medidas suficientes para dar efectividad a los derechos sociales establecidos en la constitución (el primero simplemente ha requerido la existencia tal ley o programa (HUNGRIA, *Decision 772/B/1990/AB*, 1991)) y en cambio se fijan solamente si se satisface un nivel esencial del derecho (HUNGRIA, *Decision 32/1998 (VI.25) AB*; *Decision No. 42/2000*). Es interesante mencionar que este enfoque de una obligación mínima es particularmente evidente en jurisdicciones donde los intereses sociales están protegidos judicialmente a través de los derechos civiles y que han abrevado en la doctrina alemana de un *Existenzminimum* (HUNGRIA, *Case No. 42/2000 (XI.8)*, 2000; ALEMANIA, *BverfGE 40, 121 (133)*, 1975; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Five Pensioners' Case vs. Peru*, 2003; SUIZA, *V. vs. Einwohnergemeine X und Regierungsrat des Kantons Bern*, 1995).

En la mayoría de las jurisdicciones, las preocupaciones acerca de la legitimidad democrática y la competencia institucional parecen determinar muchas de las decisiones judiciales. En algunos casos, los tribunales usan estos conceptos para desarrollar una doctrina aparentemente coherente que pueda aplicarse en distintos casos. Este es el caso de los tribunales de Colombia y Sudáfrica que utilizan distintos conjuntos de criterios para sus respectivos tests. Al mismo tiempo, también es posible observar el uso arbitrario que los tribunales hacen de estas preocupaciones para desestimar casos difíciles y evitar dar cuenta adecuadamente de las obligaciones pertinentes y establecer su aplicación en un caso particular. (COURTIS, 2008, p. 175). Es así que suele resultar difícil predecir dónde un tribunal va a trazar la línea, en particular en causas que implican asignación de recursos. Sin embargo, la jurisprudencia sugiere que las Cortes tienden a intervenir en las causas de acuerdo con (1) la *gravedad* de los efectos de la violación; (2) la *precisión* de la obligación del gobierno; (3) la *contribución* del gobierno a la violación; y (4) la capacidad del gobierno de *hacer cumplir* la orden judicial en términos de recursos (LANGFORD, 2005, p. 89).

Es también importante reconocer que algunas de las medidas requeridas pueden simplemente implicar el reconocimiento de derechos subyacentes, como exigirle al Estado que reconozca y proteja los derechos a la tenencia de la tierra o al trabajo. (EIDE, 1995, p. 89). La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que Nicaragua había violado el derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos al no sancionar legislación ni asegurarse de que las tierras de los pueblos indígenas estuvieran demarcadas y escrituradas (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tinga v. Nicaragua*, 2001; COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, *ICJ v. Portugal*, 1999; CANADA, *Dunmore vs. Ontario (Attorney General)*, 2001a). En el caso *Vishaka*, al que se hizo referencia anteriormente, la Corte Suprema de la India emitió directrices vinculantes sobre el acoso sexual.

(INDIA, *Vishaka and others vs. State of Rajasthan and others*, 1997). Sin embargo, es poco frecuente que los tribunales nacionales emitan órdenes de amplio alcance que exijan el reconocimiento positivo de derechos subyacentes dado que les preocupa estar entrometiéndose en el ámbito de la formulación de políticas correspondiente a la legislatura. En muchos casos, el reconocimiento positivo tiende a ser más específico respecto de un contexto particular, por ejemplo, el reconocimiento del derecho de las comunidades marginadas a la tenencia de la tierra. Incluso una Corte como la Corte Constitucional de Hungría no ha hecho uso de la autoridad específica que tiene de determinar el ‘incumplimiento de la obligación de legislar’. No obstante, los tribunales de India y Colombia no han dudado en emitir órdenes de largo alcance en los casos en los que han encontrado violaciones sistemáticas.

3.4 Derecho a la igualdad

La invocación del derecho a la igualdad en el ámbito de los DESC tiene una larga trayectoria en causas como *Brown c. Junta Educativa* (ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, *Brown vs. Board of Education*, 1954) y en la legislación anti-discriminación. En otras jurisdicciones, el fenómeno es más reciente. La jurisprudencia cubre una amplia gama de factores que no pueden ser motivo de discriminación en el reconocimiento de los derechos que incluye no sólo las características expresamente mencionadas en instrumentos internacionales (es decir, raza y color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica, nacimiento) sino también otros como edad, discapacidad, nacionalidad, orientación sexual⁷. Por ejemplo, la Cámara de Apelaciones de Versalles, Francia, anuló una disposición de un acuerdo colectivo entre los trabajadores y la patronal con el argumento de que prohibía la contratación de personas de más de 35 años de edad (FRANCIA, *Recueil Dalloz*, 1985). Existe, por supuesto, el peligro, como lo sugiere implícitamente el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de poner demasiado énfasis en encontrar los motivos específicos de los que se sospecha, en lugar de considerar la arbitrariedad de la clasificación (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Karel Des Fours Walderode vs. the Czech Republic*, 2001). El uso de ‘comparadores’ en muchos tribunales nacionales puede no siempre ser adecuado en el caso de los DESC y pueden ser particularmente difíciles de encontrar en casos de segregación estructural de grupos diferentes o discriminación de las mujeres por motivos de embarazo.

La mayoría de los casos han estado relacionados con la discriminación directa pero existen varios en los que se determinó la existencia de discriminación indirecta por motivos prohibidos (JAYAWICKRAMA, 2002). Los tribunales de Bulgaria, por ejemplo, han determinado que el hecho de que los niños romaníes asistieran en su mayoría a escuelas para niños con discapacidades constituía discriminación racial (EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE, 2005) y la Corte Europea de Derechos Humanos determinó lo mismo respecto de la República Checa (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *D.H. and Others vs. Czech Republic*, 2008). En la causa *Kearney c. Bramlea Ltd*, el uso del criterio de nivel de ingresos para evaluar a candidatos a locatarios de propiedades fue declarado injustificado (en

base al argumento de que no se tenía en cuenta la verdadera voluntad y capacidad de pago de la persona en cuestión) y se determinó que constituía discriminación por varios motivos, incluidos raza, sexo, estado civil, edad y recepción de asistencia pública, ya que afectaba desproporcionadamente a ciertos grupos (CANADÁ, *Shelter Corporation vs. Ontario Human Rights Commission*, 2001b).

La pregunta acerca de si los derechos o garantías de igualdad son de índole sustantiva y contienen obligaciones positivas de eliminar la discriminación ha llamado la atención de algunos tribunales. En Pakistán, la Corte Suprema ha enunciado dicho principio con bastante audacia en un período de florecimiento de los litigios de interés público. En *Fazal Jan c. Roshua Din*, la Corte determinó que el derecho constitucional a la igualdad impone obligaciones positivas a todos los órganos del Estado, que deben tomar medidas activas para proteger los intereses de las mujeres y los niños (PAQUISTÁN, *Fazal Jan vs. Roshua Din*, 1990). En Canadá, la Corte Suprema rechazó los argumentos del gobierno provincial de British Columbia que sostenía que el derecho a la igualdad no exigía que los gobiernos asignaran recursos a la salud para resolver situaciones preexistentes de desventaja de determinados grupos como los sordos y personas con dificultades de audición (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997, para. 87). Los tribunales brasileños han determinado que el derecho de los niños a la salud exige un mayor nivel de priorización y que “incluir a un niño o adolescente en una lista de espera para atender a otros equivale a legalizar la más violenta agresión al principio de igualdad” (BRASIL, *Resp 577836*, 2003). Sin embargo, otros tribunales, por ejemplo en Sudáfrica y Hungría, han sido menos receptivos a la idea de priorizar los derechos de los niños en el ámbito socio-económico.

Un dilema constante es si las instituciones con facultades judiciales pueden ‘igualar hacia abajo’ para alcanzar la igualdad respecto del interés o los derechos sociales. En Canadá, la Corte Suprema emitió órdenes de reparación positiva en causas por derechos de igualdad, extendiendo o aumentando la asistencia social, los beneficios previsionales y la seguridad de la tenencia, pero no ha descartado la posibilidad de igualar para abajo. En *Khosa c. Ministerio de Desarrollo Social*, (SUDÁFRICA, 2004a), la Corte Constitucional de Sudáfrica adoptó una fórmula para igualar hacia arriba e incluir a los residentes permanentes en los programas de asistencia social. Sin embargo, la Corte señaló que la presencia del derecho a la seguridad social en la constitución fue un factor en la consideración de la falta de razonabilidad de la exclusión de los residentes permanentes, algo que no se encuentra en todas las constituciones.

3.5 Logros en materia de remedios

Un logro significativo en este ámbito ha sido extender la posibilidad de otorgar remedios más allá de los remedios tradicionales basados en el derecho privado, como la compensación, la restitución y la declaración de invalidez o agravio. En esta materia, se observan varias tendencias. En primer lugar, algunos tribunales les han exigido a los Estados seguir un curso de acción para reparar un agravio, en ocasiones con poder de supervisión. En Argentina, los tribunales intervinieron

fuertemente para asegurar que las autoridades cumplieran con el plan y presupuesto de provisión de vacunas contra la fiebre hemorrágica argentina, que constituía una amenaza para 3.500.000 habitantes (FAIRSTEIN, 2005; ARGENTINA, *Viceconte, Mariela vs. Estado nacional - Ministerio de Salud y Acción Social slamparo ley 16.986*, 1998). A partir de un análisis de la jurisprudencia emergente, Roach y Budlender (2005) sostienen que los tribunales tienden a tomar estas medidas cuando las autoridades u otros responsables *no están dispuestos* o *no son capaces* de cumplir las órdenes. En muchos sentidos, las innovadoras órdenes remediales que emitió la Corte Suprema de Estados Unidos en la causa *Brown c. Junta Educativa II*, relativas a la eliminación de la segregación racial en las escuelas (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, 1955) han sido reconocidas como precursoras de este nuevo espacio en materia de remedios (CHAYES, 1976, p. 1281).

En segundo lugar, se han desarrollado remedios más ‘dialoguistas’ y ‘provisorios’. Un ejemplo es el mayor uso de una declaración de invalidez *retardada* a través de la cual los tribunales determinan que ha habido una violación pero retardan el efecto de la orden para darle al gobierno tiempo de encontrar la forma de reparar el defecto de la legislación o política en cuestión (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997).. La Corte Suprema de Nepal en la causa *Mira Dhungana c. Ministerio de Derecho* se negó a declarar la inconstitucionalidad de una ley que le daba a un hijo una parte de la propiedad de su padre a partir de su nacimiento pero no hacía lo mismo con la hija (por lo menos hasta que ella cumpliera 35 años y siempre que permaneciera soltera), y en cambio le exigió al Estado que en un plazo de un año revisara la legislación luego de consultar a las partes interesadas, incluso a las organizaciones de mujeres. Este aspecto dialoguista se evidencia también en el mayor uso que hacen los tribunales (y mucho antes, los organismos internacionales) del procedimiento judicial como un espacio de diálogo con las partes, lo que incluye instarlas a que encuentren soluciones antes de emitir un fallo (SUDÁFRICA, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others*, 2008). Otra estrategia utilizada es la elaboración de recomendaciones. Por ejemplo, los tribunales de India y Bangladesh en ocasiones han adoptado este enfoque en lugar de emitir órdenes de provisión de alojamiento alternativo en el caso de los desalojos forzosos, aunque fueron sin embargo criticados por privar a los demandantes de un remedio efectivo en la práctica (BANGLADESH, *Aino Salish Kendra and others (ASK) vs. Government and Bangladesh and others*, 2001). Los órganos con facultades judiciales que han adoptado un doble enfoque al momento de decidir sobre remedios han demostrado ser más hábiles. En causas relativas a los derechos a la salud ambiental y la alimentación, la Corte Suprema de la India ha emitido una serie de órdenes continuas y provisorias antes de llegar a una orden final. Por ejemplo, se obligó a las autoridades a informar sobre el cumplimiento de las órdenes que el tribunal había emitido para que se extendieran y se implementaran con eficiencia esquemas de raciones de alimentos (INDIA, *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India*, 2001; INDIA, *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India*, 2004). El uso cuidadoso de las órdenes provisorias puede ser una forma de evitar la crítica que reciben las órdenes judiciales más sistemáticas en el sentido de que no les ofrecen nada a las víctimas en el corto plazo (ROACH, 2008, p. 46).

En tercer lugar, los defensores de los derechos han sido creativos y han promovido la emisión de órdenes complementarias tendientes a asegurar que los remedios se hagan efectivos. En Argentina, India y Sudáfrica, los defensores de derechos han usado instancias penales y sanciones por incumplimiento de deberes de funcionario público para asegurar el cumplimiento de los fallos (HEYWOOD, 2003, p. 7; SWART, 2005, p.215). En una causa en Sudáfrica, un juez ordenó el arresto de un ministro si la policía no restablecía un asentamiento informal dentro de las 24 horas posteriores a su desmantelamiento. En la India, la Corte Suprema amenazó con iniciar procedimientos de desacato si no se cumplía con un cronograma de conversión de vehículos para el uso de combustibles más limpios.

4 ¿Se han logrado impactos?

Una de las más fuertes objeciones a la justiciabilidad de los DESC es que no puede satisfacer la expectativa de lograr una justicia social individual y transformadora. Estas críticas instrumentales son de índole diversa y muchas se aplican también a los litigios de derechos civiles y políticos. Algunos señalan la debilidad de los tribunales para dar efectividad a sus decisiones, y cada jurisdicción parece tener por lo menos una causa notable que entra dentro de esta categoría. Otras críticas son de índole más política y señalan que la estrategia del litigio puede distraer la atención de la construcción de nuevas coaliciones para el cambio social y que las clases medias son más hábiles en el uso de los tribunales para dar efectividad a los DESC y logran mayores éxitos que las personas en situación de pobreza (BELLAMY, 2008; ROSENBERG, 1991). Determinar el impacto real del litigio en la práctica es un ejercicio complejo ya que depende del criterio elegido para juzgar el éxito, el aislamiento de distintas causas y la comparación con estrategias alternativas. Este desafío metodológico ha dado como resultado conclusiones enteramente diferentes para un mismo caso. Rosenberg (1991) medía el impacto de los fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos según la medida en que satisfacían las expectativas expresadas en declaraciones públicas de los abogados antes de la causa, algo que Feeley (1992, p. 745) consideró irrazonable en base al argumento de que las verdaderas expectativas de los demandantes podían en realidad haber sido más modestas.

En respuesta a esta crítica, pueden decirse tres cosas. En primer lugar, surgen evidencias en el sentido de que muchos casos, aunque ciertamente no todos, han tenido impactos directos e indirectos, como sentar precedentes judiciales, influenciar el desarrollo de legislación y políticas, catalizar movimientos sociales y crear conciencia, e incluso cuando el fallo ha sido desfavorable puede haber servido para demostrar la falta de protección legal (LANGFORD; 2008b). En un estudio cuantitativo de cinco países en desarrollo, Gauri y Brinks (2008) quedaron ‘impresionados por lo que pudieron lograr los tribunales’, diciendo, en síntesis, que ‘legalizar la demanda de derechos sociales y económicos podría haber evitado miles de muertes’ y ‘enriquecido la vida de millones de personas’. Ciertamente pueden encontrarse casos que avalen las críticas mencionadas. El reciente fallo *Chaoulli* en Canadá relativo al derecho de acceso a un seguro privado de salud es quizás un

ejemplo de eso. Asimismo, se nota una mayor prevalencia de órdenes positivas fuertes en causas cuyos beneficiarios pertenecen a la clase media. Sin embargo, es posible referirse a varios fallos que han sido desfavorables para los propietarios de clase media (SUDÁFRICA, *Minister of Public Works vs. Kyalami Ridge Environmental Association*, 2001; SUDÁFRICA, *Blue Moonlight Properties 39 Pty (Ltd) vs. The Occupiers of Saratoga Avenue and the City of Johannesburg*, 2008) o a otros que involucran amplias coaliciones de diferentes grupos, a menudo en el ámbito de la salud y la educación, donde la necesidad o la existencia de políticas universales ha contribuido a la formación de coaliciones.

Es importante señalar que no siempre es una orden judicial lo que genera un impacto. En algunos casos, es la amenaza de un litigio o el inicio de acciones judiciales lo que conduce a un cambio en una política o a un acuerdo. Es necesario incluir estos casos en la ecuación aunque no aparezcan en el registro formal. En el caso de Nigeria, donde el dictamen de una sentencia puede llevar años, Felix Morka (2005) afirma que los litigios por derechos sociales eran usados como herramienta de movilización de la comunidad y plataforma para establecer un contacto inicial y negociar con el gobierno y actores no estatales poderosos, como empresas petroleras multinacionales, con quienes de otro modo habría sido imposible dialogar.

En segundo lugar, al considerar el impacto, es necesario tener en cuenta las consecuencias no buscadas, tanto positivas como negativas. Los primeros casos de alto perfil en Argentina y Sudáfrica tuvieron una aplicación solo parcial pero representaron un significativo avance para el derecho y la cultura legal, sentando las bases para litigios más exitosos en el futuro. Otros resultados pueden ser negativos. Rosenberg (1991) señala la complacencia respecto de la incidencia en materia de políticas públicas que pueden generar los fallos judiciales exitosos, mientras que Williams (2005) y Scheingold (2005) observan la reacción adversa de grupos conservadores de Estados Unidos ante las estrategias progresivas de reclamo de efectividad de los derechos. Un exceso de derrotas para un gobierno también puede hacer que los tribunales se vuelvan más vulnerables a la presión política y a nombramientos judiciales favorables al ejecutivo, como lo demuestra la experiencia de Hungría.

Tercero, al pensar en el impacto, es necesario preguntarse dónde está la falla cuando no se detecta ningún impacto sustancial. ¿Se trata del litigio o del contexto? En otras palabras, al hacer una crítica del litigio, hace falta considerar si había otras estrategias alternativas disponibles, como la movilización, el ejercicio de presión, la negociación, o si el litigio era realmente el último recurso de las víctimas. ¿O puede culparse por un mal fallo al sistema de justicia, si los litigantes cometieron errores clave en sus estrategias judiciales y no judiciales?

5 Lecciones aprendidas acerca de la estrategia de litigio

El avance del litigio en DESC junto con sus éxitos y fracasos en la práctica, ha conducido a una mayor reflexión sobre las estrategias que pueden resultar más efectivas (véase CIJ, 2008; GARGARELLA, DOMINGO & ROUX, 2006 y LANGFORD, 2003). Podemos resumir algunas lecciones de la siguiente manera:

5.1 Estrategia de defensa más amplia – movimientos sociales y comunidades

Muchos consideran que es crucial la existencia de una actividad de ‘defensa más amplia’, en particular para los casos que involucran el interés público o grupos marginados. La movilización social, la organización comunitaria, las campañas mediáticas y de concientización y la presión política son considerados entonces como indispensables para lograr el éxito en los litigios. Esto genera un sentido de pertenencia en relación con la estrategia, brinda apoyo a la preparación de las pruebas, amplía la legitimidad del reclamo y ayuda a asegurar la aplicación de las órdenes o acuerdos alcanzados. Ha habido muchas movilizaciones de gran escala en torno a ciertos casos como los relativos a beneficios sociales en Hungría, el caso *TAC* en Sudáfrica y los de derecho a la educación en Kentucky, Texas y Nueva York. Sin embargo, algunos han logrado menos éxito aun siguiendo este modelo, como el caso de la represa Narmada en la India.

No obstante, es importante evitar el dogmatismo. Las campañas de alto perfil pueden ser menos útiles si los litigantes han sido víctimas de prejuicios muy arraigados en la comunidad. La reserva con que se manejan los procedimientos judiciales permite que esas personas reivindiquen sus derechos de forma más efectiva y que gobiernos indecisos deleguen en los tribunales la toma de decisiones poco populares. En otros casos, es posible observar movimientos sociales que han surgido de fallos exitosos, como el movimiento por el derecho a la alimentación en la India (MURALIDHAR, 2008).

Las estrategias de litigio exitosas también tienden a asignar un papel importante a los demandantes o víctimas, lo cual es crucial para el empoderamiento, que es sin duda un indicador de impacto en el largo plazo. En Canadá, el Comité sobre la Pobreza desarrolló un modelo de litigio responsable, según el cual el comité cuenta en su directorio con representantes de los sectores de bajos ingresos. En la India, un abogado, después de dos décadas de litigios de interés público, ahora se niega a tomar un caso a menos que haya una comunidad involucrada en forma directa. Sin embargo, los casos de gran escala pueden plantear dificultades específicas en la negociación con los clientes. Si bien en Estados Unidos, el Reino Unido y Australia los estudios jurídicos han desarrollado sistemas de gestión para este tipo de casos, la práctica es comparativamente poco frecuente.

5.2 Selección de casos y procedimientos

Muchos defensores aconsejan incorporar estrategias de largo plazo en la selección de los primeros casos. Por ejemplo, se sugiere que es conveniente comenzar con casos modestos antes que con casos más ambiciosos. Al mismo tiempo, los casos demasiado poco ambiciosos pueden anquilosar el desarrollo futuro del derecho. Hay tres categorías de selección de casos que tienden a ser exitosas en una primera etapa: los litigios que se inician a partir de reclamos que se asemejan a la tradicional defensa de derechos civiles y políticos, violaciones flagrantes o claros incumplimientos de los gobiernos de su obligación de implementar sus propios

programas; y reclamos modestos que dejan abierta la posibilidad de desarrollo futuro de la jurisprudencia. Un segundo grupo de decisiones gira en torno al tipo de procedimiento a ser utilizado, en particular cuando existe la posibilidad de iniciar acción tanto individual como colectiva. Algunos defensores y comentaristas advierten legítimamente en contra de las demandas colectivas dado que las ONG y los abogados pueden cooptar la estrategia de litigio (PORTER, 2004) o puede quedar eliminada la posibilidad de reparaciones internacionales dado que no se han agotado los recursos individuales (MELISH, 2006). Sin embargo, los procedimientos colectivos pueden ser particularmente útiles cuando las víctimas individuales temen o corren el riesgo de ser hostigadas por participar en la causa o cuando las víctimas se encuentran dispersas (FAIRSTEIN, 2005). Una solución posible, que se usa en algunas jurisdicciones, consiste en incluir entre los litigantes tanto a individuos como a organizaciones.

5.3 Argumentos jurídicos, fácticos y remediales

Los casos exitosos en general se caracterizan por una fuerte atención puesta en presentar argumentos legales de calidad. Sin embargo, los tipos de argumentos tienden a variar en forma considerable de una jurisdicción a otra y obviamente resulta difícil clasificarlos con precisión. Por ejemplo, los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia internacional y comparada han tenido considerable influencia en algunos países y menos en otros. Asimismo, algunos casos han logrado el éxito basándose en argumentos jurídicos bien acotados mientras que otros se han beneficiado más del uso de argumentos más ambiciosos y expansivos. No obstante, el hecho de que la base de datos de jurisprudencia de la Red-DESC, que contiene unos 100 casos, haya tenido 72.000 visitas en dos años es una muestra del fuerte y creciente interés que despierta la jurisprudencia comparada.

Las organizaciones y movimientos con visiones de más largo plazo tienden a no basarse únicamente en normas de derechos humanos sino que también dedican suficiente energía al desarrollo de legislación que pueda optimizar las estrategias legales. Por ejemplo, los grupos que trabajan en la defensa del derecho a la vivienda en Estados Unidos hicieron campaña a favor de una nueva ley federal que estableciera una serie de derechos específicos y concretos para las personas sin hogar. Esto fue seguido de litigios para asegurar la efectividad ante la falta de implementación de la legislación.⁸ Sin embargo, si bien este enfoque en general es ideal, incluso desde una perspectiva política, puede no ser siempre posible, en especial cuando los grupos son muy marginados o cuando hay poca voluntad política de implementar la legislación existente.

Algunos casos de DESC pueden presentar complejas dificultades probatorias. Un ejemplo notable es el caso *Kearney* en Canadá, en el que los defensores demostraron cuantitativamente que el criterio de ingreso mínimo para el mercado de alquileres se basaba en supuestos erróneos: la mayoría de los inquilinos de bajos ingresos podía en realidad afrontar alquileres más altos y mantener un bajo índice de morosidad aun frente a dificultades económicas. Así, estadísticas adecuadamente definidas y mensurables han sido, a veces, el

factor decisivo en alguna causa. Pero hay quienes están comenzando a plantear preocupaciones en el sentido de que los tribunales están poniendo demasiado énfasis en el desarrollo de pruebas cuantitativas.

Los defensores a menudo mencionan los remedios débiles o inadecuados como un obstáculo clave para la implementación de fallos favorables. A riesgo de decir lo obvio, cabe mencionar que la decisión de litigar debe ir acompañada de una cuidadosa estrategia remedial, que además debe ser un factor a considerar a la hora de organizar campañas y darle forma al caso. Aunque los tribunales parezcan dispuestos a proveer remedios que estén a la altura de las violaciones, la supervisión judicial de las órdenes puede ser crucial para garantizar su efectividad. Los fallos en casos relativos al medio ambiente en la India y a la segregación racial en las escuelas en Estados Unidos han tardado años en ser implementados, debiéndose recurrir constantemente a la justicia.

5.4 Preparación para el cumplimiento de los fallos

Una debilidad de muchas estrategias legales parece ser que no incluyen una adecuada preparación para asegurar la efectiva implementación de un acuerdo o fallo judicial favorable. Como se dijo anteriormente, una estrategia de defensa y movilización más amplia puede asegurar que haya voluntad y recursos financieros, humanos y técnicos ‘más allá de los abogados’ para el cumplimiento de los fallos. Los defensores a menudo observan que la implementación de la decisión puede requerir tanto o más trabajo que obtener una sentencia. También puede requerir habilidades que están más allá de los demandantes y las partes, como mediadores y trabajadores comunitarios. Los demandantes y sus abogados necesitan planificar desde el principio el seguimiento que deberá hacerse y contar con suficientes recursos para esta tarea.

6 Conclusión

Este relevamiento comparativo de la exigibilidad de los DESC revela un campo en transición entre su nacimiento y la madurez. Para muchos Estados del mundo, los litigios por los DESC siguen siendo una parte pequeña e insignificante del panorama de derechos humanos y de las campañas por la justicia social y de la jurisprudencia. Sin embargo, en un contexto de pobreza y desigualdad social, la combinación de un mayor conocimiento sobre derechos, la diseminación de estrategias de exigibilidad basadas en derechos humanos y la creciente independencia del poder judicial ha llevado al litigio en casos de DESC en países tan diversos como China, Egipto, Namibia y los Estados Unidos. En una minoría no despreciable de jurisdicciones, se está alcanzado un cierto nivel de madurez en la jurisprudencia y el debate sobre las estrategias de litigio adecuadas, aunque no haya uniformidad entre todos los actores, en particular respecto de la doctrina jurídica o la implementación de las decisiones.

Desde una perspectiva histórica, es de notar que muchos de los supuestos tradicionales en el sentido de que los DESC no son legales ni justiciables fueron

puestos en duda en poco tiempo. Los tribunales nacionales han dictado sentencias respecto de toda la gama de obligaciones de los Estados de dar efectividad a los DESC, desde la prevención del daño hasta el financiamiento para remediar la desigualdad y sentencias para garantizar el acceso a servicios esenciales y medicamentos. Esta jurisprudencia no está exenta de las objeciones en el sentido de que la justiciabilidad de los DESC es democráticamente ilegítima o está institucionalmente plagada de complejidades, pero ofrece un contexto más fundamentado para estos debates y su resolución judicial.

Es crucial que quienes deseen alentar el desarrollo del derecho y la práctica de la justiciabilidad de los DESC usen como base los desarrollos jurisprudenciales y las lecciones aprendidas a partir de los litigios exitosos. Significa dar a conocer muchos de los caminos de la justiciabilidad insuficientemente utilizados, emprender la larga lucha por mejorarlos en otros lugares, construir alianzas nacionales y transnacionales con diferentes grupos de derechos humanos, movimientos sociales y comunidades, y concentrarse en casos que sean concretos, vitales y que revelen un fracaso de la política. Hace falta sabiduría para evitar un uso excesivo o demasiado ambicioso del sistema judicial que desmovilice las posibilidades de acción política o desarrollo gradual de jurisprudencia, ejerciendo al mismo tiempo el derecho humano fundamental a un remedio efectivo y asegurando que los DESC se incorporen a la jurisprudencia y, por extensión, al espacio político y de políticas de los Estados-nación.

REFERENCIAS

- ACKERMAN, E. M. 2004. **Colección de análisis jurisprudencial: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley.
- ALBISA, C.; SCHULTZ, J. 2008. The United States: A Ragged Patchwork. In: LANGFORD, M. (Org.). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nueva York: Cambridge University Press, p. 230-249.
- ANNAN, A. 1988. Administrative Law in a Global Era: Progress, Deregulatory Change, and the Rise of the Administrative Presidency. **Cornell Law Review**, v. 73, p. 1108.
- ARANGO, R.; LEMAITRE, J. 2002. (Org.). **Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital: Constitutional Case Law on the Minimum Conditions for a Dignified Life**. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- BADERIN, M. 2007. **Economic Social and Cultural Rights in Action**. Oxford: OUP.
- BELLAMY, R. 2008. The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review. **European Political Science**, v. 7, n. 1, p. 9-20.

- BILCHITZ, D. 2002. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance. *South African Law Journal*, v. 119, p. 484-501.
- _____. 2003. Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence. *South African Journal of Human Rights*, v. 19, p. 1-2.
- _____. 2007. **Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**. Oxford: Oxford University Press.
- BYRNE, I.; HOSSAIN, S. 2008. South Asia: Economic and Social Rights Case Law of Bangladesh, Nepal, Pakistan and Sri Lanka. In: LANGFORD, M. (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nueva York: Cambridge University Press, p. 125-143.
- CERNIC, J. 2008. Corporate Responsibility for Human Rights: A Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. *Hanse Law Review*, v. 4, n. 1, p. 71-100.
- CHAYES, A. 1976. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1281-1316.
- CLARK, D.; FOX, J.; TREACLE, K. (Org). 2003. **Demanding Accountability: Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel**. Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers.
- COOMANS, F. 2006. (Org). **Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems**. Antwerpen: Intersentia and Maastricht Centre for Human Rights.
- COURTIS, C. 2006. Socio-Economic Rights before the Courts in Argentina. In: COOMANS, F. (Org). **Justiciability of Economic and Social Rights**. Antwerpen: Intersentia, p. 309-354.
- _____. 2008. Argentina: Some promising signs. In: LANGFORD, M. (Org). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nueva York: Cambridge University Press.
- CUNEO, I. 2005. The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American System. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 22, n. 1, p. 53-63.
- DENNIS, M.; STEWART, D. 2004. Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health? *American Journal of International Law*, v. 98, p. 462-515.
- DESAI, A.; MURALIDHAR, S. 2000. Public Interest Litigation: Potential and Problems. In: KIRPAL, B.N.; DESAI, A.; SUBRAMANIAM, G.; HAVAN, R.; RAMACHANDRAN, R. (Org.) **Supreme But Not Infallible: Essays in Honour of the Supreme Court of India**. Nueva Delhi: Oxford University Press, p. 159-192.
- DUGARD, J. 2006. Court of First Instance? Towards a Pro-poor Jurisdiction for the South African Constitutional Court. *South African Journal on Human Rights*, v. 22, n. 2, p. 261.

- DURBACH, A. 2008. The Right to Legal Aid in Social Rights Litigation. In: LANGFORD, M. (Org.). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nueva York: Cambridge University Press, p. 59-71.
- EIDE, A. 1995. The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food. In: _____.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (Org.). **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff, p. 89-105.
- EPP, C. 1998. **The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective**. Chicago: University of Chicago Press.
- EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE (ERRC). 2005. **Desegregation Court Victory: ERRC Prevails in Court against Bulgarian Ministry of Education on School Segregation of Roma**. Accesible en: www.errc.org. Visitado el: 1 enero. 2006.
- FABRE, C. 2000. **Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life**. Nueva York: Oxford University Press.
- FAIRSTEIN, C. 2005. Positive Remedies: The Argentinean Experience. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). **Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 139-151.
- FEELEY, M. 1992. Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors: Review of "The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?" by Gerald N. Rosenberg. **Law & Social Inquiry**, v. 17, n. 4, p. 745-760.
- FENWICK, C. 2008. **The International Labour Organisation: An Integrated Approach to Economic and Social Rights**. Ginebra: International Labour Organisation, p. 591-612.
- FREEMAN, C.; HEYDENREICH, C.; LILLYWHITE, S. 2000. **Guide to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises' Complaint Procedure: lessons from past NGO complaints**. OECD Watch. Disponible en: <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/533485>. Visitado el: 15 octubre 2008.
- FULLER, L. 1979. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, p. 353-409.
- GALOWITZ, P. 2006. Right to Legal Aid and Economic, Social and Cultural Rights Litigation. In: LANGFORD, M.; NOLAN, A. **Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Legal Practitioners Dossier (Revised)**. Ginebra: Centre on Housing Rights & Evictions.
- GARGARELLA, R. 2006. Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. In: _____.; DOMINGO, P.; ROUX, T. (Eds.). **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**. Aldershot/Burlington: Ashgate, p. 13-34.
- _____. DOMINGO, P.; ROUX, T. (Eds.). 2006. **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**. Aldershot/Burlington: Ashgate.
- GAURI, V.; BRINKS, D. 2008. (Org.). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement**

- of Social and Economic Rights in the Developing World. Nueva York: Cambridge University Press.
- GLOPPEN, S. 2006. Courts and Social Transformation: An Analytical Framework. In: GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. (Org.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*. Aldershot/Burlington: Ashgate, p. 35-59.
- HEYWOOD, M. 2003. Contempt or compliance? The TAC case after the Constitutional Court judgment. *ESR Review*, v. 4, n. 4, p. 7-10.
- HOFFMAN, F.; BENTES, F. 2008. Accountability for Economic and Social Rights in Brazil. In: GAURI, V.; BRINKS, D. (Org.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 100-145.
- HOROWITZ, Donald. 1977. *The Courts and Social Policy*. Washington D.C.: Brookings Institution Press.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ). 2007. Kenyan and Swedish Sections. *Human rights Litigation and the domestication of human rights standards in Sub Saharan Africa: vol. 1*. Nairóbi: AHRAJ Case Book Series.
- _____. 2008. *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability* Ginebra: ICJ.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION (ILO). 1996. *Freedom of Association – Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. 5th ed. Ginebra: International Labour Organisation.
- JAYAWICKRAMA, J. 2002. *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- JOSEPH, S. 2008. Liability of Multinational Corporations. In: LANGFORD, M. (Org.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 613-627.
- KING, Jeff. 2008. The Pervasiveness of Polycentricity. *Public Law*, p. 101-124.
- KYRITSIS, D. 2006. Representation and Waldron's Objection to Judicial Review. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 733-751.
- LANGFORD, M. 2003. *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies*. Ginebra: Centre on Housing Rights & Evictions.
- _____. 2005. Judging Resource Availability. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 89-108.
- _____.; NOLAN, A. 2006. *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Legal Practitioners Dossier (Revised)*. Ginebra: Centre on Housing Rights & Evictions.
- _____. 2008a. Hungary: Social rights or market redivivus? In: _____. (Org.). *Social*

- Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law. Nueva York: Cambridge University Press, p. 250-266.
- _____. 2008b. Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory. In: _____. (Org). Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law. Nueva York: Cambridge University Press, p. 1-45.
- _____. 2009. Closing the Gap? An Introduction to the Optional Protocol. *Nordic Journal of Human Rights*, v. 27, n. 1 p. 1-28.
- LIEBENBERG, S. 2005. Enforcing Positive Social and Economic Rights Claims: The South African Model of Reasonableness Review. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 73 - 88.
- MAHON, C. 2008. Progress at the Front: The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Law Review*, v. 8, n. 4, p. 617-646.
- MELISH, T. 2006. Rethinking the 'Less as More' Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas. *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, v. 39, p. 1.
- MORKA, F. 2003. Entrevista. In: LANGFORD, M. 2003. *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies*. Ginebra: Centre on Housing Rights & Evictions., p. 113.
- MUBANGIZI J. 2006. The Constitutional Protection of Socio-Economic Rights in Selected African Countries: A Comparative Evaluation. *African Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 1, p. 1-19.
- MURALIDHAR, S. 2008. India: The expectations and challenges of judicial enforcement of social rights. In: LANGFORD, M (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 102-124.
- NACIONES UNIDAS. 1990. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 3: The Nature of States parties obligations. U.N. Doc. E/1991/23, annex III at 86.
- _____. 1998b. General Comment 9: The domestic application of the Covenant. U.N. Doc. E/C.12/1998/24, nineteenth session.
- _____. 2002. Conclusions and recommendations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland - Dependent Territories. U.N. Doc. E/C.12/1/Add.79 (2002). UN Doc.
- _____. 2005. Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: People's Republic of China (including Hong Kong and Macao). UN Doc. E/C.12/1/Add.107 (2005).
- _____. 2006. Concluding Observations: Canada. U.N. Doc. E/C.12/CAN/CO/4-E/C.12/CAN/CO/5 (2006), para. 40.

- _____. 2009. General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights. UN Doc. E/C.12/GC/20 (2009).
- NOLAN, A. 2008. Ireland: The separation of powers doctrine vs. socio-economic rights? In: LANGFORD, M. (Org.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 295-319.
- ODINDO, O. 2005. Litigation and Housing Rights in Kenya. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 155-166.
- PETERS, Y. 2005. Twenty Years of Litigating for Disability Equality Rights: Has it Made a Difference? An Assessment by the Council of Canadians with Disabilities. Disponible en <http://www.ccdonline.ca/publications/20yrs/20yrs.htm#IV>. Visitado el: 13 noviembre 2008.
- PETERSON, L. 2009. Human Rights and Bilateral Investment Treaties: Mapping the role of human rights law within investor-state arbitration. Montreal: Rights & Democracy.
- PIETERSE, M. 2007. Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship Revisited. *Human Rights Quarterly*, v. 29, n. 3, p. 796-822.
- PORTER, B. 2004. Homelessness, Human Rights, Litigation and Law Reform: A View from Canada. *Australian Journal for Human Rights*, v. 10, n. 2.
- _____. 2005. The Crisis of ESC Rights and Strategies for Addressing It. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 48-55.
- ROACH, K. 2008. The challenges of crafting remedies for violations of socio-economic rights. In: LANGFORD, M. (Org.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nueva York: Cambridge University Press, p. 46-58.
- _____.; BUDLENDER, G. 2005. Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When is it Appropriate, Just and Equitable. *South African Law Journal*, v. 122, p. 325-351.
- ROSENBERG, G. 1991. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.
- ROUX, T. 2009. Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, p. 106-138.
- SADURSKI, W. 2005. *Rights before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer.
- SCHEINGOLD, S. 2004. *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Social Change*. Ann Arbor: the University of Michigan Press.
- SCOTT, C.; MACKLEM, P. 1992. *Constitutional Ropes of Sand or Justiciable*

- Guarantees: Social Rights in a New South African Constitution. University of Pennsylvania Law Review, v. 141.
- SEPÚLVEDA, M. 2008. The Constitutional Court's role in addressing social injustice. In: LANGFORD, M (Org). Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law. Nueva York: Cambridge University Press, p. 144-162.
- SHANKA; MEHTA, 2008. Courts and Socio-Economic Rights in India. In: GAURI, V.; BRINKS, D. 2008. (Org.). Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World. Nueva York: Cambridge University Press, p. 146-182.
- SIMMONS, B. 2009. Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics. Nueva York: Cambridge University Press.
- SOCIAL SURVEYS AFRICA; NKUZI DEVELOPMENT ASSOCIATION. 2005. Summary of the Key Findings from the National Evictions Survey. Disponible en: http://www.sarpn.org.za/documents/d0001822/Nkuzi_Eviction_NES_2005.pdf. Visitado el: 15 octubre 2008.
- SUNSTEIN, C. 1993. Against Positive Rights: Why social and economic rights *don't* belong in the new constitutions of post-communist Europe. East European Constitutional Review, v. 2, Winter, p. 35-38.
- SWART, M. 2005. Left Out in the Cold? Crafting Constitutional Remedies for the Poorest of the Poor. South African Journal of Human Rights, v. 21, p. 215-240.
- TANG, L. 2007. "Half the Sky" but Not Half the Land: Women's Property Rights and Expropriation in Rural China. InBrief, Hakijamii Bulletin, no. 1, Sept.
- VIERDAG, E. W. 1978. The legal nature of the rights granted by the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Netherlands Yearbook of International Law, v. IX, p. 69-105.
- WALDRON, J. 2006. The Core of the Case Against Judicial Review. The Yale Law Journal, v. 115, p. 1346.
- WILLIAMS, L. 2005. Issues and Challenges in Addressing Poverty and Legal Rights: A Comparative United States/South African Analysis. South African Journal of Human Rights, v. 21, p. 436-472.
- WILSON, B. 2009. Rights Revolutions in Unlikely Places: Costa Rica and Colombia. Journal of Politics in Latin America, vol. 1, p. 59-85.
- YAMIN, A.; PARRA-VERA, O, 2000. How Do Courts Set Health Policy? The Case of the Colombian Constitutional Court. PLoS Medicine, v. 6, n. 2, p. 147-150.

JURISPRUDENCIA

- ALEMANIA. 1970. Federal Constitutional Court. **Klauss case. 30 BVERFGE I.**
- _____. 1972. Federal Constitutional Court. **Numerus Clausus I case. 33 BVerfGE 303.**
- _____. 1975. Federal Constitutional Court. **BVERFGE 40. 121 (133).**

- ARGENTINA. 1998. Federal Administrative Court. **Viceconte Mariela vs. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986**. 2 Jun.
- _____. 2004. Supreme Court. **Aquino, Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. s/ accidentes ley 9688**. 21 Sept.
- BANGLADESH. 2000. High Court. **Bangladesh Society for the Enforcement of Human Rights and Others vs. Government of Bangladesh and Others**. 53 DLR (2001) 1, decided on 14 Mar.
- _____. 2001. Supreme Court of Bangladesh. **Aino Salish Kendra and Others (ASK) vs. Government and Bangladesh and Others**. 19 BLD (1999) 488, decided on 29 Jul.
- BRASIL. 2003. Superior Court of Justice. Resp 577836.
- CANADA. 1989. Supreme Court. **Slaight Communications Inc. vs. Davidson**. [1989] 1 SCR 1038.
- _____. 1997. Supreme Court. **Eldridge vs. British Columbia**. (1997) 3 S.C.R. 324, decided on 20 Dec.
- _____. 1998. Ontario Human Rights Commission. **Kearney vs. Bramlea Ltd.** (1998) 34 CHRR D/1.
- _____. 2001a. Supreme Court. **Dunmore vs. Ontario (Attorney General)**. [2001] 3 SCR 1016, decided on 20 Dec.
- _____. 2001b. Supreme Court. **Shelter Corporation vs. Ontario Human Rights Commission**. (2001) 143 OAC 54.
- _____. 2005. Supreme Court. **Chaoulli vs. Quebec - Attorney General**. [2005] 1 SCR 791.
- COLOMBIA. 1996. Constitutional Court. SU-256.
- _____. 1997. Constitutional Court. SU-111/97.
- _____. 2002. Constitutional Court. T-595/02.
- _____. 2004. Constitutional Court. T-025/04.
- COMISION AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. 2001. **SERAC vs. Nigeria**. Communication No. 155/1996.
- _____. 2003. **Purohit and Moore vs. The Gambia**. Communication No. 241/2001.
- COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2005. **Maya Indigenous Communities of the Toledo District vs. Belize**. Report No. 40/04, Case 12.053, OEA/Ser.L/V/II.122, doc. 5 rev. 1.
- COMITE EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. 1999. ICJ vs. Portugal. No 1/1998.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. 1979. **Airey vs. Ireland**. (1979) 2 EHRR 305, decided on 9 Oct.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. **The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tinga vs. Nicaragua**. (Ser.C) No.79, Judgment on 31 Aug.

_____. 2003. H.R. **Five Pensioners' Case vs. Peru**. (Ser. C) No. 98, Judgment on Feb. 28.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 2004. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Israeli Occupied Territories**. ICJ Reports 136.

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. 1954. Supreme Court. **Brown vs. Board of Education**. 347 U.S. 483 (1954).

_____. 1955. Supreme Court. **Brown vs. Board of Education II**. 349 U.S. 294 (1955)

_____. 1977. New York Court of Appeals. **Tucker vs. Toia**. 43 N.Y.2d 1, 7 (1977).

_____. 1989a. Supreme Court of Texas. **Edgewood Independent School District vs. Kirby**. 777 S.W.2d 391 (Tex. 1989).

_____. 1989b. Supreme Court of Kentucky. **Rose vs. Council for Better Education**. 790 S.W.2d 186 (Ky. 1989).

FINLANDIA. 1997. Supreme Court of Finland. **Employment Act Case**. KKO 1997: 141, Yearbook of the Supreme Court.

_____. 1999. Helsinki Court of Appeals. **Child-Care Services Case**. Case No. S 98/225, 28 October.

_____. 2000. Supreme Administrative Court. **Medical Aids Case**. No. 3118, 27 Nov.

FRANCIA. 1985. Court of Appeal of Versailles. **Recueil Dalloz**. (1985), 421.

HUNGRIA. 1991. Constitutional Court. **Decision 772/B/1990/AB**. ABH 1991, 519 at 520.

_____. 1998. Constitutional Court. **Decision 32/1998** (VI.25)

_____. 2000. Constitutional Court. **Decision 42/2000** (XI.8).

INDIA. 1980. Supreme Court. **Municipal Council Ratlam vs. Vardhichand and others**. AIR 1980 SC 1622.

_____. 1984. Supreme Court. **Bandhua Mukti Morcha vs. Union of India**. AIR 1984 SC 802.

_____. 1985. Supreme Court. **Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation**. (1985) 3 SCC 545.

_____. 1997. Supreme Court. **Vishaka and others vs. State of Rajasthan and others**. (1997) 6 SCC 241.

_____. 1998. Supreme Court. **M.C. Mehta vs. Union of India**. (1998) 6 SCC 63.

_____. 2001. Supreme Court. **People's Union for Civil Liberties vs. Union of India**. (2001) 5 SCALE 303.

_____. 2004. Supreme Court. **People's Union for Civil Liberties vs. Union of India**. (2004) 8 SCALE 759.

- _____. 2000. Supreme Court. **Narmada Bachao Andolan vs. Union of India**. (2000) 10 SCC 664.
- IRLANDA. 1989. High Court. **O'Reilly** [1989] I.L.R.M. 181, p. 194.
- _____. 2001. Supreme Court. **Sinnot** [2001] 2 IR 545.
- NACIONES UNIDAS. 2001. Human Rights Committee. **Karel Des Fours Walderode vs. the Czech Republic**. (Communication No. 747/1997), Views of 30 October 2001, paragraph 8.3.
- _____. 2003. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. **A.T. vs. Hungary**. 2/2003.
- NEPAL. 1995. **Mira Dhungana vs. Ministry of Law, Justice and Parliamentary Affairs**. 4 S. Ct. Bull 1 (Fagun 1-15, 2052).
- NIGERIA. 2005. High Court. **Gbemre vs. Shell Petroelum & Others**. Suit No. FHC/B/C/53/05, Decision of 14 Nov.
- PAQUISTAN. 1990. Supreme Court. **Fazal Jan vs. Roshua Din**. PLD 1990 SC 661.
- FILIPINAS. 1997. Supreme Court. **Tatad vs. Secretary of the Department of Energy**. G. R. No. 124360, 5 Nov.
- PORTUGAL. 1984a. PORTUGUESE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL. **Decision (Acórdão) nº39/84**. April 11.
- _____. 1984b. PORTUGUESE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL. **Decision (Acórdão) nº 509/2002**.
- REINO UNIDO. 2002a. Court of Appeal. **Donoghue vs. Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd.** [2002] 3 WLR 183.
- _____. 2002b. Court of Appeal. **R(H) vs. Leonard Cheschire Foundation (A Charity)**. [2002] EWCA Civ 266.
- _____. 2008. **D.H. and Others vs. the Czech Republic**. App. No. 57325/00, 47 EUR. H.R. REP. 3 (2008).
- SUDAFRICA. 1997. **Soobramoney vs. Minister of Health**. KwaZulu-Natal, 1997 (12) BCLR 1696.
- _____. 2000. Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others. 2000 (11) BCLR 1169 (CC).
- _____. 2001a. **Minister of Public Works vs. Kyalami Ridge Environmental Association**. 2001 (7) BCLR 652 (CC).
- _____. 2001b. **Nkonkobe Municipality vs. Water Services South Africa (PTY) Ltd & Ors**, Case No. 1277/2001 (unreported).
- _____. 2002. **Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others** (1) 2002 10 BCLR.

- _____. 2004a. **Khosa vs. Minister of Social Development, Mahlaule vs. Minister of Social Development**. 2004 (6) BCLR 569 (CC).
- _____. 2004b. **Port Elizabeth vs. Various Occupiers**. 2004 (12) BCLR 1268 (CC).
- _____. 2005a. High Court. **Florence Mahlangu vs. The Minister For Social Development**. Case No. 25754/05 (decisión pendiente).
- _____. 2005b. **Jaftha vs. Schoeman and others, Van Rooyen vs. Stoltz and others**. 2005 (1) BCLR 78 (CC).
- _____. 2005c. **President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others**. 2005 (8) BCLR 786 (CC).
- _____. 2008. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others**. Case CCT 24/07 [2008] ZACC 1.
- _____. 2008. High Court of Johannesburg. **Blue Moonlight Properties 39 Pty (Ltd) vs. The Occupiers of Saratoga Avenue and the City of Johannesburg**. Unreported judgment of 12 Sept.
- _____. 2009. **City of Johannesburg and Others vs. Lindiwe Mazibuko and Others** Case. No 489/08 [2009] ZA SCA 20, Decision of 25 Mar.
- SUIZA. 1995. Federal Court of Switzerland. **V vs. Einwohnerngemeine X und Regierungsrat des Kantons Bern**. BGE/ATF 121 I 367, 27 Oct.

NOTES

1. Por ejemplo, en *Gbemre vs. Shell Petroelum and Others* (NIGERIA, 2005) la Corte Suprema de Nigeria citó los hallazgos de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en *SERAC vs. Nigeria* y ordenó la suspensión de las explosiones de gas realizadas por las compañías de petróleo, argumentando que violaba el derecho a la vida y a la dignidad de la comunidad Iwherankan (incluyendo el derecho a un medioambiente sano).

2. Si bien ha habido un reconocimiento creciente de la asistencia jurídica gratuita como un derecho humano en el campo de los derechos ESC (GALLOWITZ, 2006; DURBACH, 2008), su implementación es más bien aleatoria. Aunque algunos países hayan adoptado políticas de asesoría legal que incluyen casos no-penales, estas no siempre han tenido un financiamiento estable.

3. Sin embargo la sentencia de la Corte, ha sido recientemente suavizada (NOLAN, 2008).

4. El cuestionamiento en el ámbito interno de las actividades de las grandes corporaciones transnacionales ha tenido cierto éxito mientras que el litigio transnacional (demandar una multinacional en el Estado de su sede) ha llevado a muchos arreglos, pero no a decisiones judiciales. (JOSEPH, 2008).

5. Aunque la diferencia entre ellos no es fácil de discernir (FINLANDIA, *Child-Care Services Case*, 1999).

6. Para encontrar resúmenes en inglés de una gran variedad de casos, acceder a <www.nordichumanrights.net/tema/tema3/caselaw/>.

7. Esta tendencia es también evidente en la jurisprudencia internacional en el campo de "otros estatus" (NACIONES UNIDAS, 2009).

8. Ver http://www.nlchp.org/about_us.cfm. Visitado el: 19 octubre 2009.

ABSTRACT

Viewed in historical perspective, the recent rise of economic, social and cultural (ESC) rights in comparative legal jurisprudence and litigation strategy is remarkable. From a small number of jurisdictions to countries in all regions and legal systems of the world, there has been both a broadening and deepening of domestic judicial enforcement of these rights. While this enterprise casts some doubt on traditional presumptions concerning the non-justiciability of ESC, there remain a number of conceptual, instrumental and empirical questions. This paper seeks to provide an overview of the underlying causes of this socio-legal development, the nature and content of the emerging jurisprudence, the empirical evidence and debates around impact, lessons learned in effective litigation strategy and concludes with some thoughts on how the field could be developed.

KEYWORDS

Social rights – Justiciability – Impact – Litigation Strategy

RESUMO

Do ponto de vista histórico, pode-se considerar notável a importância recentemente adquirida pelos direitos econômicos, sociais e culturais (ESC) na jurisprudência comparada e nas estratégias de litígio. Vislumbra-se hoje um processo, ao mesmo tempo, de ampliação e aprofundamento da exigibilidade destes direitos perante tribunais nacionais, o que, embora antes tenha se restringido a uma parcela pequena de jurisdições, hoje pode ser constatado em diversos países de todas as regiões e sistemas jurídicos do mundo. Embora esta tendência nos leve a duvidar de pressupostos tradicionais acerca da não-justiciabilidade dos direitos ESC, ainda restam certas questões conceituais, instrumentais e empíricas a serem respondidas. Este artigo procura apresentar uma visão geral sobre as causas para estas mudanças de cunho socio-jurídico, sobre a natureza e o conteúdo da crescente jurisprudência acerca deste tema, sobre evidências empíricas e discussões referentes ao impacto desta jurisprudência, bem como sobre lições aprendidas a partir de estratégias efetivas de litígio. Por fim, conclui com sugestões para que se possa avançar nesta seara futuramente.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Sociais – Justiciabilidade – Impacto – Litígio Estratégico

ANN BLYBERG

Ann Blyberg es Directora Ejecutiva del Programa Internacional de Pasantías de Derechos Humanos (IHRIP, sigla en inglés) en Washington, D.C., cuyo objetivo es ayudar a fortalecer grupos de derechos humanos, particularmente en países del sur del mundo. También coordina iniciativas del Grupo Presupuestario de Derechos Humanos (HURIBUG, sigla en inglés).

Email: ablyberg@iie.org

RESUMEN

El artículo presenta una breve historia del desarrollo del análisis presupuestario sobre derechos humanos, y explica en qué consiste el trabajo con el presupuesto público como herramienta de exigibilidad de derechos. Discute diferentes enfoques –transparencia, género y derecho a la alimentación– del trabajo actual, y proporciona ejemplos de experiencias realizadas por grupos de la sociedad civil de diferentes países. También resume algunas de las estrategias utilizadas por grupos que realizan análisis presupuestario sobre derechos humanos y analiza las oportunidades para un mayor desarrollo de este trabajo, así como los desafíos que la sociedad civil afronta en este campo. En la última sección se formulan recomendaciones sobre iniciativas que deben ser llevadas a cabo por la sociedad civil, gobiernos, órganos intergubernamentales y donantes, para facilitar el desarrollo del trabajo de análisis presupuestario sobre derechos humanos.

Original en inglés. Traducido por Clara García Parra.

Recibido en agosto de 2009. Aceptado en noviembre de 2009.

PALABRAS CLAVE

Presupuesto público como herramienta de exigibilidad de derechos humanos – Derechos Económicos, Sociales y Culturales - ONGs



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

EL CASO DE LA ASIGNACIÓN INCORRECTA: DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES Y EL TRABAJO PRESUPUESTARIO

Ann Blyberg

El análisis presupuestario sobre derechos humanos se parece a un trabajo detectivesco. Como los detectives, quienes utilizan el presupuesto como herramienta de exigibilidad de derechos humanos siguen pistas. Como los detectives, también trabajan para determinar la relación entre las pistas, y para entender qué es lo que las pistas, en conjunto, dicen sobre lo que pasó y “quién lo hizo”. Por supuesto, los analistas presupuestarios no tienen el porte de los grandes detectives mundiales, ni están rodeados de la misma aura de misterio y aventura. Sin embargo, su trabajo es igual de serio, porque también le siguen la pista a delincuentes e investigan lo que a menudo resulta ser un crimen.

Pese a su naturaleza en apariencia más prosaica, durante los últimos cinco años el trabajo presupuestario sobre derechos humanos ha crecido rápidamente en su alcance, creatividad e impacto. El trabajo presupuestario¹ aporta nuevos tipos de herramientas de investigación al trabajo de derechos. Los descubrimientos efectuados a partir del análisis presupuestario proporcionan datos técnicos importantes para respaldar hipótesis de violaciones a los derechos humanos. Estos datos son particularmente persuasivos porque en general provienen de las cifras producidas por el propio gobierno. El trabajo presupuestario, cuando se usa de manera adecuada, puede sacar a la luz abusos en materia de derechos humanos, que podrían de otro modo permanecer escondidos en la densa complejidad de los informes financieros del gobierno. Es más, el marco de derechos humanos fortalece el trabajo presupuestario de grupos de la sociedad civil, al infundirle exigencias morales de derechos humanos y fundamentarlo en las obligaciones legales de los gobiernos.

Diferentes grupos de una serie de países han cuestionado políticas presupuestarias y gastos que han privado a personas de su sustento, dañado su salud, impedido su acceso a la educación primaria, y, en general, afectado

Ver las notas del texto a partir de la página 152.

negativamente sus derechos económicos y sociales esenciales. Estos grupos han presionado a sus gobiernos para que den a conocer información presupuestaria esencial, de manera que las pruebas puedan ser examinadas públicamente. Asimismo, han presionado para conseguir procesos presupuestarios abiertos, de manera que la gente pueda descubrir qué ha estado pasando y hacer que los responsables rindan cuentas de sus acciones. En otras palabras, en pocos años el trabajo presupuestario ha resultado ser una herramienta efectiva para la promoción del disfrute de derechos humanos.

Las siguientes páginas ofrecen un panorama de la evolución del trabajo presupuestario de derechos humanos, y dan algunos detalles sobre el trabajo “detectivesco” que está siendo realizado. Explican los diferentes enfoques de ese trabajo, además de describir brevemente las acciones que algunos grupos están llevando adelante. El trabajo, además, resume algunas estrategias y metodologías utilizadas por esos grupos, así como las tendencias y oportunidades -y también los desafíos- en el trabajo presupuestario de derechos humanos. El artículo concluye con recomendaciones para promover el desarrollo del trabajo de análisis presupuestario sobre derechos humanos.

1 Panorama de fondo

El trabajo presupuestario de derechos humanos es joven, no tiene más de cinco o diez años. Para comprender de dónde vino y a dónde se dirige, es útil centrar brevemente la atención en el campo, más amplio, del trabajo presupuestario de la sociedad civil, el cual se considera que comenzó recién a mitad de los años 90. Algunas de las razones aducidas para explicar el crecimiento del trabajo presupuestario de la sociedad civil son:

El final de la Guerra Fría aumentó la democratización en países de todo el mundo, y particularmente en países del antiguo bloque soviético, creando entornos más favorables para el fortalecimiento y mayor influencia de la sociedad civil.

Durante el mismo período, las Naciones Unidas, el Banco Mundial y otras agencias internacionales prestaron una atención creciente a las prácticas de “*good governance*” y a sus componentes, que incluyen transparencia, disminución de la corrupción, y así sucesivamente. Este énfasis en “*good governance*”, si bien fue bien recibido por muchos activistas de derechos humanos, también ha sido en ciertas ocasiones fuente de confusión y ha desviado la atención de cuestiones importantes de derechos humanos. En cualquier caso, ha afectado ciertamente al desarrollo del trabajo presupuestario de derechos humanos.

En décadas recientes ha aumentado notablemente la descentralización del gobierno en un gran número de países. Con esta descentralización, el desplazamiento hacia una gobernabilidad más local, y con la elaboración de presupuestos locales, muchos grupos de la sociedad civil se han sentido capaces de tratar cuestiones presupuestarias, ya que los presupuestos locales y los gastos gubernamentales locales son, en general, más fácilmente comprensibles y es más sencillo intervenir en ellos que en el presupuesto central.

Durante el mismo período, muchos legisladores se interesaron más en cuestiones

presupuestarias y en su papel en los procesos de elaboración de presupuestos. Al mismo tiempo las organizaciones de la sociedad civil (OSCs) vieron mayores oportunidades para influir sobre el presupuesto, al poder acceder a éste y presionar así a los legisladores.

También se han dado desarrollos tecnológicos significativos durante las últimas dos décadas, particularmente en el mayor uso de ordenadores personales. El análisis presupuestario necesita muchos cálculos. Antes de que los ordenadores personales estuvieran tan generalizados, los recursos necesarios para recopilar y procesar bases de datos simplemente estaban fuera del alcance de la mayor parte de la sociedad civil.

Y por último, un número de donantes, particularmente la Fundación Ford y, luego el Open Society Institute, entre otros, se mostraron dispuestos a apoyar el trabajo presupuestario de la sociedad civil.

El trabajo presupuestario de derechos humanos se inició tan solo unos años después de que el trabajo presupuestario de la sociedad civil hubiera comenzado. Las razones para su desarrollo son las mismas, con un elemento adicional importante: con el fin de la Guerra Fría y sus batallas ideológicas, el campo de derechos humanos fue capaz de dedicar una atención significativa a los derechos económicos y sociales (ES). Si bien los gastos gubernamentales son imprescindibles para la realización de todos los derechos, la relación entre gastos gubernamentales y derechos económicos y sociales es tanto más visible, si se tiene en cuenta el papel central que tiene el gobierno como proveedor de educación, cuidados de salud y otros servicios sociales. Así, a medida que se involucraban en la defensa de derechos ES, los grupos de derechos humanos se interesaron en aprender más sobre presupuestos gubernamentales y trabajo presupuestario.

2 “Trabajo presupuestario de derechos humanos”— ¿Qué es?

Antes de considerar el estado actual del trabajo presupuestario de derechos humanos, quizá sería útil aclarar lo que significa la expresión “trabajo presupuestario de derechos humanos”. Otras frases también utilizadas para describir el trabajo incluyen “elaboración de presupuestos de derechos humanos”, “elaboración de presupuestos o trabajo presupuestario desde una perspectiva de derechos”, y “análisis presupuestario y derechos económicos, sociales y culturales”. Es, esencialmente, un trabajo que relaciona derechos humanos con presupuestos gubernamentales, y trabajo presupuestario con trabajo de derechos humanos.

Este campo parece muy amplio, y lo es en la actualidad. Distintas organizaciones que trabajan en diferentes áreas han usado una o más de las frases que siguen para describir sus trabajos:

- Transparencia en la elaboración de presupuestos
- Elaboración participativa de presupuestos
- Elaboración del presupuesto y derechos de las mujeres
- Elaboración del presupuesto y derechos del niño
- Trabajo presupuestario centrado en “derechos sustantivos” (opuesto al foco en aspectos “procesales”)
- “*Frontloading*”^{N.T.} los derechos humanos en los presupuestos
- Políticas públicas macroeconómicas y derechos económicos y sociales

Una mayor descripción de estas diferentes áreas de actuación podría ayudar a aclarar qué actividades entran en el ámbito del “trabajo presupuestario de derechos humanos”:

Transparencia en la elaboración de presupuestos: el desafío más común que los grupos de la sociedad civil que trabajan con el presupuesto afrontan es el acceso a la información gubernamental necesaria para analizar el presupuesto. Así, varios grupos, al menos en principio, centran su actuación en procurar que los gobiernos hagan que su información presupuestaria se haga disponible en mayor medida. Esto incluye, naturalmente, reclamar mayor accesibilidad a otros datos como, por ejemplo, estadísticas sobre asistencia escolar o tasas de enfermedad e inmunización, información que es esencial para comprender lo que implican las estadísticas presupuestarias. En este sentido, es importante destacar que para el trabajo en derechos humanos es fundamental disponer de datos clasificados por determinadas características, como etnia, género, etc..

Los grupos de la sociedad civil que trabajan con el presupuesto se preocupan, naturalmente, por el acceso a la información para su propio trabajo, pero antes que nada se centran en la transparencia y el acceso a la información, porque creen que todo el mundo en el país debería tener acceso al presupuesto de su gobierno. Sin embargo, “transparencia” no consiste tan sólo en tener acceso, sino también en ser capaz de entender el presupuesto. Dada la complejidad de gran parte de los presupuestos gubernamentales, esto es difícil sin preparación y conocimientos específicos. En consecuencia, estos mismos grupos suelen animar a los gobiernos a que desarrollen un formato alternativo para el presupuesto, precisamente denominado “presupuesto ciudadano”, mucho más comprensible para cualquier persona que el presupuesto formal².

Aunque la relación entre trabajo de transparencia presupuestaria y derechos humanos es bastante directa, la mayor parte de los grupos que se centran en la transparencia no usan explícitamente un marco de derechos humanos en su trabajo, a pesar de que las garantías nacionales e internacionales relativas a la información³ podrían obviamente apuntalarlo e incluso fortalecerlo. Un grupo que sí aborda cuestiones de transparencia, al tiempo que utiliza un marco de derechos humanos, es Muslims for Human Rights (MUHURI, sigla en inglés), una organización no gubernamental con base en Mombassa, Kenia. MUHURI supervisa los gastos dependientes del Constituency Development Fund (CDF) en la Provincia Costera de Kenia. En el seno del CDF, todos los miembros del parlamento (MP) tienen derecho a asignar fondos de ayuda al desarrollo a sus distritos. El CDF es muy popular, pero también controvertido. Gran número de personas y organizaciones están preocupadas por la corrupción y la malversación de fondos, ya que la administración del CDF es opaca, sin ningún mecanismo operativo de rendición de cuentas. En las fases iniciales de su trabajo, MUHURI tuvo dificultades para simplemente acceder a información sobre proyectos apoyados por el CDF. Cuando finalmente consiguió obtener información sobre catorce proyectos en una circunscripción, organizó una audiencia comunitaria que duró un día entero, a la que asistieron entre mil quinientas y dos mil personas. Grupos de la sociedad civil habilitados por el MUHURI leyeron los resultados de su revisión de los proyectos, e invitaron a los asistentes a que hicieran

preguntas a los representantes del CDF presentes. Esta audiencia mostró cómo los ciudadanos pueden exigir mayor transparencia y rendición de cuentas en presupuestos gubernamentales y operaciones del gobierno. (RAMKUMAR; KIDAMBI, 2007).

Elaboración participativa de presupuestos: Otra área de trabajo presupuestario de derechos humanos se centra en la elaboración participativa de presupuestos. Hay varias organizaciones de la sociedad civil involucradas en este trabajo, dentro de dos categorías generales: 1ª) trabajo relativo a procesos presupuestarios participativos iniciados por el gobierno, el más conocido de los cuales tiene lugar en Porto Alegre, Brasil,⁴ y 2ª), trabajo de grupos no gubernamentales con vistas a aumentar la participación e influencia en la formulación y gastos de presupuestos gubernamentales (sea cual sea el proceso iniciado por el gobierno). Esta última es más común. Un ejemplo de trabajo de la sociedad civil en la promoción de participación ciudadana en el presupuesto y en el proceso presupuestario es el realizado por el Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE), en Brasil, que se centra en cuestiones presupuestarias en educación pública a largo plazo. La organización ha desarrollado propuestas de capacitación para el público en general, y para líderes sociales, con el objetivo de promover una mayor conciencia sobre la importancia del presupuesto y de mejorar la capacidad de la supervisión presupuestaria, inicialmente en Río de Janeiro y después en otros municipios. También ha desarrollado propuestas de aprendizaje a distancia que alcanzan a trescientos cincuenta participantes, anualmente. (ROBINSON, 2006, p. 23).

Muchos grupos implicados en elaboración participativa de presupuestos se remiten al derecho a participar en asuntos públicos, tal y como está garantizado en sus constituciones y leyes nacionales, o en documentos internacionales⁵. Muchos otros grupos, sin embargo, no se remiten explícitamente a garantías de derechos humanos, y, en efecto, hay un subdesarrollo de estándares internacionales de derechos humanos que garanticen la participación.

Elaboración del presupuesto y derechos de las mujeres: Un número significativo de grupos en todo el mundo está involucrado en la elaboración del presupuesto con un enfoque de género. Su principal objetivo ha sido aportar visibilidad a los derechos de las mujeres en los presupuestos gubernamentales⁶. Como ejemplo de tal trabajo, Tanzania's Gender Budgeting Initiative (GBI), liderada por los esfuerzos del Tanzania Gender Networking Programme (TGNP), inició una investigación en grupos de tres: un académico (economista o sociólogo), un activista de una ONG y un funcionario público. Usando técnicas participativas, los equipos identificaron en el proceso de elaboración del presupuesto restricciones estructurales y sociales al reconocimiento de derechos de las mujeres, así como una falta de conciencia de género en los elaboradores de políticas públicas, funcionarios responsables por el presupuesto y representantes de la sociedad civil. Los informes fueron distribuidos en diferentes sectores de la sociedad, incluyendo organizaciones de la sociedad civil, departamentos gubernamentales y agencias de cooperación. Los resultados fueron compartidos, a través de sesiones de trabajo y foros públicos, con la sociedad civil, donantes, elaboradores de políticas públicas y tecnócratas del área de investigación, con grupos de parlamentarios -específicamente mujeres- y con los representantes en comités parlamentarios tales como el Comité Financiero/Presupuestario del

Parlamento. Una estrategia para la divulgación de los resultados fue la publicación de un libro popular llamado *Budgeting with a Gender Focus* [Elaborando presupuestos con un enfoque de género]. Además, se inició un diálogo con elaboradores clave de políticas públicas y partidos políticos, para conseguir cambios positivos en políticas públicas indiferentes al género, discriminatorias y retrógradas, y en leyes y programas de desarrollo (RUSIMBI, 2002, p. 119-125).

Aunque el móvil de la elaboración de presupuestos basados en el género es la preocupación por las desigualdades y por la discriminación en la distribución presupuestaria y de gastos, en detrimento de la mujer, la mayor parte de este trabajo no ha sido explícitamente configurado por normas internacionales de derechos humanos relativas a discriminación de género, sobre todo las existentes en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, sigla en inglés). En 2006, sin embargo, se elaboró un manual sobre cómo evaluar el grado de conformidad de un gobierno con sus obligaciones con la CEDAW mediante un examen de su presupuesto. *Budgeting for Women's Rights: Monitoring Government Budgets for Compliance with CEDAW*, (ELSON, 2006, p. 3) [Elaborando Presupuestos para los Derechos de las Mujeres: Supervisando los Presupuestos Gubernamentales en Conformidad con la CEDAW], realiza un análisis muy completo de la relación de los estándares y obligaciones de la CEDAW con los presupuestos gubernamentales, propone maneras de utilizar el tratado en el trabajo presupuestario, y resalta el “valor añadido” de la utilización de patrones internacionales como marco para la evaluación del presupuesto gubernamental en la medida en que afecta a las mujeres. Es de esperar que este manual extienda el uso del marco de derechos humanos en el trabajo presupuestario basado en el género.

Elaboración del presupuesto y derechos del niño: Diversos grupos de la sociedad civil de varios países trabajan en la elaboración del presupuesto para la inclusión de los derechos del niño. Estas iniciativas son similares a las que enfocan en cuestiones de género en la medida en que buscan entender cómo y cuánto el gobierno destina y gasta en programas que afectan a niños, y cuál es el impacto del presupuesto gubernamental en los niños. La Children's Budget Unit (CBU) del Institute for Democracy in South Africa (IDASA), llevó a cabo una iniciativa temprana muy importante en el trabajo presupuestario de derechos humanos. Durante algunos años, la CBU emitió informes consideraban los derechos humanos previstos en la Constitución Sudafricana para evaluar la atribución de fondos en áreas de salud, educación, vivienda y desarrollo social para los niños, realizando recomendaciones específicas al gobierno sobre cómo debería construir su programación y presupuesto para cumplir mejor sus obligaciones respecto de los niños. La CBU también trabajó para desarrollar la capacidad de los propios niños para supervisar el presupuesto y participar en la toma de decisiones en las áreas de presupuesto que les atañen (STREAK, 2003, p. 2-3).

Trabajo presupuestario centrado en “derechos sustantivos” (opuesto al foco en aspectos “procesales”): Debido a que varias cuestiones económicas y sociales, como la pobreza, el hambre y el analfabetismo, son extremadamente complejas, y ya que los estándares internacionales de derechos humanos están en proceso de desarrollo, la tarea conceptual de relacionar derechos económicos y sociales “sustantivos” con

presupuestos gubernamentales es un desafío. El trabajo presupuestario de este tipo que se ha realizado hasta la fecha se ha basado tanto en constituciones y leyes nacionales como en estándares internacionales relacionados con derechos específicos. Los documentos internacionales principales han sido el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y las Observaciones Generales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Pese a la dificultad que presenta relacionar derechos específicos con el presupuesto gubernamental y procesos de elaboración de presupuestos, se ha realizado un trabajo importante e inspirador. Por ejemplo:

Women's Dignity, en Tanzania, se centra en la mortalidad materna en el país. Asegurar el acceso a cuidados prenatales y cuidados de emergencia durante el parto es un elemento esencial para reducir las tasas de mortalidad. Al revisar los datos sobre acceso de las mujeres a estos dos tipos de cuidado, la organización descubrió que las mujeres pobres en Tanzania (como en otros muchos países) tienen mucho menos acceso a estos servicios que las que tienen mejores condiciones, lo que produce que de forma desproporcionada más mujeres pobres mueran durante el parto. Women's Dignity utilizó analistas presupuestarios para rastrear los fondos destinados a "botiquines de parto" utilizados por comadronas y médicos, y descubrieron que estos botiquines no estaban disponibles en todas las instalaciones. La organización comenzó a presionar para obtener más transparencia en el presupuesto de salud, para determinar dónde deberían estar los botiquines y si el dinero a ellos destinado estaba siendo gastado de la manera correcta (HOFBAUER; GARZA, 2009, p. 11-13).

El Centro Internacional para Investigaciones en los Derechos Humanos (CIIDH), en Guatemala, investigó la puesta en práctica de un programa suplementario de alimentación escolar, Vaso de Leche Escolar – VLE, que tenía como objetivo garantizar el acceso a la comida para los más necesitados del país. CIIDH supo, a través de informes de comunidades y al examinar los gastos gubernamentales en el seno del programa, que los estudiantes de zonas con mejor acceso a la alimentación se beneficiaban desmesuradamente del mismo, mientras que los que estaban en comunidades más alejadas, las de menores posibilidades en lo referente al acceso a alimentación, o no estaban beneficiándose del programa o, si lo estaban, era con una deficiente distribución de leche, que además estaba con frecuencia estropeada. El gobierno también estaba pagando más de lo que debería por la leche, lo que significaba que los fondos, limitados, llegaban a menos comunidades de lo que hubiera sido posible si se hubiera comprado la leche a un precio razonable. Cuando un nuevo gobierno llegó al poder en Guatemala, decidió suspender el programa VLE y sustituirlo por otra alternativa más efectiva en cuanto al precio y más apropiada culturalmente. Muchos de los beneficiarios del programa VLE pertenecían a comunidades indígenas, que en Guatemala tienen tendencia a tener intolerancia a la lactosa (FAO, 2009, p. 53).

"Frontloading" los derechos humanos en los presupuestos: El análisis presupuestario actual sobre derechos humanos se centra principalmente en el análisis retrospectivo: identificar los modos en que los presupuestos gubernamentales no han logrado garantizar la vigencia de determinados derechos humanos. Algunas organizaciones están intentando desarrollar metodologías para conocer los costos

de implementación de derechos humanos específicos, y promover que estos costos sean incluidos “por adelantado” en la formulación de presupuestos nacionales⁷. En 2005, por ejemplo, el Conselho de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) en Brasil decidió establecer un “presupuesto de derecho a la alimentación”. En este proceso se vio enfrentado a desafíos significativos, entre ellos a la necesidad de determinar qué aspectos de la sociedad y de la economía están relacionados con el derecho a la alimentación, y por lo tanto qué áreas y temas principales en el presupuesto gubernamental son relevantes para el derecho a la alimentación. Para convertir el proyecto en realizable, CONSEA decidió centrarse únicamente en el presupuesto federal, y limitarse a la seguridad alimenticia (en vez del más amplio derecho a la alimentación). Pese a estas limitaciones, en 2008 CONSEA necesitó examinar cuarenta y tres programas gubernamentales y otras ciento cuarenta y tres actividades relacionadas para llevar adelante el proyecto (FAO, 2009, pp. 88-92).

Políticas públicas macroeconómicas y derechos económicos y sociales: El tamaño, el contenido y las prioridades en un presupuesto gubernamental están determinados en cierta medida por las políticas macroeconómicas gubernamentales. Algunas de estas políticas públicas se adoptan bajo la presión de instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI); otras son el resultado de prioridades políticas seleccionadas por los gobiernos. Puesto que el presupuesto debería ser parte de los esfuerzos gubernamentales para hacer realidad los derechos de su pueblo, debería darle prioridad a la garantía de fondos para programas y proyectos que realizan derechos humanos, como servicios de cuidado a la salud, capacitaciones laborales y programas de creación de empleo, educación y un largo etcétera. Si las políticas públicas macroeconómicas que configuran el presupuesto gubernamental no son sensibles a los derechos humanos, esto no ocurrirá.

El efecto de las políticas públicas macroeconómicas en los derechos humanos, a través de su impacto en el presupuesto gubernamental, es una nueva área de investigación e incidencia. No obstante, es un área ya examinada en algunos informes recientes de relevancia: ActionAid ha examinado el efecto del “techo salarial” en la capacidad de los gobiernos de tres países en África para contratar un número de profesores que les permita cumplir con sus obligaciones en cuanto al derecho a la educación (MARPHATIA et al., 2007). Otro estudio se centró en una serie de políticas públicas macroeconómicas y su impacto en el derecho al trabajo y otros derechos, en México y los Estados Unidos (BALAKRISHNAN, 2005).

3 Aproximaciones al trabajo presupuestario sobre derechos humanos y estrategias utilizadas por los grupos

No es sorprendente que hasta la fecha la preocupación más común, para los que están involucrados en trabajo presupuestario sobre derechos humanos, sea el impacto de presupuestos gubernamentales en “grupos vulnerables”, que incluyen pobres, mujeres, niños, pueblos indígenas y grupos minoritarios. Pese a compartir estas preocupaciones comunes, las aproximaciones al trabajo presupuestario pueden variar y varían significativamente, dependiendo de la capacidad de las organizaciones, de las cuestiones específicas que tratan y de los objetivos de incidencia de su trabajo. El

trabajo presupuestario de la sociedad civil en general es reciente y muchas estrategias de trabajo están aún en fase inicial de desarrollo. De este modo, no es sorprendente que aún pocos grupos de derechos humanos las estén utilizando.

Muchas organizaciones que trabajan con el presupuesto público buscan influir sobre el presupuesto gubernamental nacional a través de discusiones y cabildeo ante los ministerios, departamentos y legisladores. Algunos, cada vez con más frecuencia, llevan sus preocupaciones sobre presupuestos nacionales a los tribunales. Un ejemplo de trabajo con ministerios y legisladores fue llevado a cabo por Fundar –Centro de Análisis e Investigación-. Fundar, una ONG mexicana, fue uno de los primeros grupos que situaron su trabajo presupuestario dentro de un marco de derechos humanos, y ha realizado una gran labor sobre cuestiones de salud en México. Una iniciativa de Fundar, en colaboración con otros grupos de la sociedad civil, se centró en asignaciones del presupuesto para programas de VIH/SIDA. Así descubrieron fondos que parecieron haber sido desviados de su propósito inicial por el Ministerio de Salud. Sirviéndose de la ley de acceso a la información, la coalición obtuvo documentación del Ministerio de Salud, que confirmaba su sospecha de que los fondos habían sido redirigidos a Provida, una organización de derecha que realiza campañas contra el aborto y la utilización de preservativos (contrariamente a las políticas establecidas por el gobierno). Fundar ayudó a analizar la información disponibles sobre el uso de fondos por parte de Provida, y descubrió que aproximadamente el 90% había sido descaradamente malversado. Cuando el Ministerio de Salud rechazó reunirse con la coalición para debatir estos resultados, la coalición se dirigió a los medios de comunicación, que cubrieron de manera extensa la cuestión. Un gran número de otros grupos de la sociedad civil se unió a la coalición, y más de mil organizaciones presionaron al gobierno para que investigara el caso. Finalmente lo hizo, confirmó los resultados, y exigió que Provida devolviese los fondos.

Otra iniciativa tuvo lugar en Argentina, donde una ONG llevó al gobierno a los tribunales por un caso relacionado con cuestiones presupuestarias. Pese a las discusiones teóricas sobre la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales, en años recientes los tribunales de ciertos países han empezado a tomar una actitud más activa en asuntos relativos a estos derechos, incluyendo algunos en los que la información sobre el presupuesto gubernamental es parte de la prueba. Un caso de este tipo fue llevado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en Argentina. En el caso Mariela Viceconte, se solicitaba que el gobierno argentino fabricara una vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina, que pone en peligro anualmente la vida de tres millones y medio de personas que viven en las zonas endémicas. En 1998 un tribunal de apelación ordenó que el gobierno lo hiciera. Aunque la vacuna debía ser producida y administrada a la población afectada hacia finales de 1999, CELS comprobó que en julio del 2000 el gobierno todavía no había cumplido con su obligación. La organización presentó una petición solicitando al juez que fijara una nueva fecha límite y razonable, y alegó datos extraídos del presupuesto para la producción de la vacuna, demostrando que habían sido destinados suficientes recursos para la producción de la vacuna, pero que los fondos no habían sido usados. El juez fijó una nueva fecha límite, que los ministerios gubernamentales concernidos

no cumplieron. En consecuencia, el juez ordenó que los fondos que habían sido destinados a la producción de la vacuna fueran congelados, para evitar que el gobierno los gastara en otras actividades (IHRIP; FORUM-ASIA, 2000, p. 42).

Mientras que algunos grupos, como Fundar y CELS, trabajan a escala nacional, otros centran su investigación y actividad en presupuestos y autoridades estatales o locales. Con muchos gobiernos en proceso de descentralización y muchos grupos de la sociedad civil trabajando dentro de una única provincia o estado, o a escala local, hay un buen número de grupos que realizan trabajo presupuestario centrado en presupuestos provinciales/estatales y locales. La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) en Argentina, por ejemplo, ha estado trabajando en una iniciativa importante en diferentes barrios de la capital, Buenos Aires. Uno de sus proyectos de educación (que como todos los proyectos de la organización que trabajan con presupuesto público incluyen la participación de las comunidades afectadas) documentó la utilización por parte del ministerio de educación de la ciudad de contenedores de carga como salas de clase extra para hacer frente a la superpoblación escolar en barrios pobres. ACIJ reveló información que demostraba que esta superpoblación era el mayor problema en los barrios más pobres, y que los contenedores solo se usaban en esos barrios. Descubrió, al analizar el presupuesto educativo de la ciudad, que alquilar contenedores durante un año era más caro de lo que hubiera sido construir salas de clase adicionales. Tras la publicación de estos resultados, las autoridades educativas de Buenos Aires tomaron medidas para reemplazar algunos de los contenedores con nuevas salas de clase.

Mientras la ACIJ examinaba los documentos presupuestarios e informes financieros para saber más sobre los gastos de la ciudad en educación, otras organizaciones que trabajan a escala nacional han involucrado a las comunidades afectadas de diferentes maneras para controlar los gastos públicos. Un ejemplo bien documentado fue la “auditoría social” llevada a cabo en 2006 por Mazdoor Kisan Shakti Sangathan (MKSS), junto con otros grupos de la sociedad civil en India. La auditoría involucró los esfuerzos de cerca de ochocientas personas, que examinaron los fondos gastados por el National Rural Employment Guarantee Act (NREGA), que daba derecho a hogares rurales a cien días al año de empleo público recibiendo el salario mínimo. Los ochocientos auditores visitaron todas las ciudades en el distrito Dungarpur, en Rajastán, donde hubiese programas de NREGA, reuniéndose con aproximadamente ciento cuarenta mil personas que habían trabajado en el marco de sus programas. La auditoría reveló un gran número de irregularidades, y las preocupaciones sobre esas irregularidades fueron, a su vez, tratadas con administradores del distrito en un foro público (RAMKUMAR, 2008, p. 21-23).

Antes de considerar otra aproximación al trabajo presupuestario (la evaluación del impacto), vale la pena recordar que desde el punto de vista de los derechos humanos no es suficiente que un gobierno “haga lo correcto” en lo que se refiere a la conducta obligada. Los gobiernos también tienen una “obligación de resultados”, una obligación de asegurar que sus acciones –políticas, planes, presupuestos, programas– resulten en un aumento del disfrute de los derechos por parte de la población. El trabajo que algunos grupos realizan evaluando el impacto de los gastos gubernamentales es importante a la hora de analizar el grado de cumplimiento de

esa obligación de resultado. En 1993, por ejemplo, el Public Affairs Centre (PAC) de India utilizó un “cuestionario ciudadano”, para medir la satisfacción con respecto a los servicios municipales (agua, recogida de basura, mantenimiento de parques, etc.) en Bangalore, una de las mayores ciudades del país. La encuesta no se limitó a medir grados de satisfacción, sino que también identificó cuáles servicios eran prestados de forma satisfactoria y cuáles de modo insatisfactorio. También examinó los costos de los servicios. Los resultados de las encuestas –notas muy bajas en provisión de servicios– fueron divulgados a través de los medios de comunicación y reuniones públicas. Pese a encuestas posteriores y a la publicidad negativa, los servicios no mejoraron de manera significativa durante algunos años, hasta 2003, año en que la encuesta reveló un aumento significativo en la satisfacción pública respecto a los servicios municipales (RAMKUMAR, 2008, p. 75-77).

Finalmente, es importante resaltar que debido a la complejidad de gran parte del trabajo presupuestario, este puede ser más efectivo cuando se lleva a cabo en coaliciones o alianzas formales o informales. A través de coaliciones y alianzas los grupos pueden acceder a conocimientos y técnicas de, por ejemplo, el análisis presupuestario o el procesamiento de estadísticas. Los grupos que realizan investigación técnica y análisis pueden estar seguros de que su trabajo está basado en la realidad y de que responde a las necesidades de las personas, por medio de alianzas con grupos que trabajan a escala comunitaria en provisión de servicios. Tales coaliciones y alianzas también son claves para el desarrollo presupuestario efectivo. Por ejemplo, grupos que no trabajan normalmente con ministerios gubernamentales o haciendo incidencia en el parlamento, pueden hacerlo con grupos que tienen experiencia en estas áreas, y que al aportar su conocimiento, habilidad y capacidades, pueden influir en el presupuesto nacional. Grupos que realizan incidencia sobre el congreso pueden, a cambio, maximizar el impacto de su presión si trabajan en alianza con grupos numerosos de personas que se hacen oír en manifestaciones públicas. Un ejemplo particularmente significativo de trabajo de coalición efectivo es el de la Campaña de Derecho a la Alimentación en India. En 2001, la People’s Union for Civil Liberties (PUCL) emprendió una acción para obligar al gobierno a utilizar reservas de comida en prevención de hambrunas durante una sequía prolongada. Durante los años siguientes, el Tribunal Supremo indio ha ido emitiendo una serie de órdenes relativas al caso, lo que, de hecho, ha convertido ciertos programas gubernamentales en derechos. El Tribunal designó Comisionados para que supervisaran la observancia por parte del gobierno de las órdenes del tribunal. Como parte de su trabajo, los Comisionados supervisan las asignaciones presupuestarias gubernamentales y los gastos de los programas. La Campaña, que ahora involucra a más de mil organizaciones en todo el país, coordina una serie de acciones que giran en torno a las órdenes del Tribunal. La Campaña emprende auditorías sociales para evaluar la efectividad del cumplimiento gubernamental de programas y órdenes del Tribunal. Las organizaciones que integran la Campaña realizan análisis independientes de los gastos gubernamentales en el programa, y remiten sus resultados a los Comisionados. La Campaña también organiza concentraciones públicas y protestas para atraer la atención del público sobre la cuestión, manteniendo así la presión sobre el gobierno (FAO, 2009, p. 82-88).

4 Tendencias, oportunidades y desafíos

El trabajo presupuestario de la sociedad civil se extiende rápidamente, con un foco significativo (pero no único) entre los grupos involucrados en cuestiones tanto de transparencia como de participación popular en el presupuesto. También un número significativo de OSCs ha desarrollado una destreza impresionante para analizar asignaciones presupuestarias, y atraer, así, la atención de los medios de comunicación y los legisladores hacia sus resultados; otros han desarrollado su capacidad de rastrear gastos y organizar comunidades en lo relativo a cuestiones presupuestarias. El trabajo presupuestario sobre derechos humanos, que puede considerarse un subconjunto del trabajo más amplio con el presupuesto público, se expande a un ritmo similar.

El trabajo presupuestario sobre derechos humanos refleja la manera como el trabajo de derechos humanos ha ido transformándose y haciéndose más complejo. El surgimiento del trabajo sobre derechos económicos y sociales ya ha sido mencionado. Este surgimiento no ha significado solamente que grupos de derechos humanos traten de un número de cuestiones más amplio de lo que tradicionalmente trataban: también ha generado que sean abordadas de otras maneras. Así, por ejemplo, debido a que los métodos utilizados para supervisar la realización de derechos civiles y políticos no son efectivos para el seguimiento de derechos económicos y sociales, fue necesario que los grupos buscasen nuevas herramientas para supervisar la realización de estos derechos. El análisis del presupuesto público en derechos humanos es tal vez la nueva metodología utilizada con más frecuencia.

Además del descubrimiento y adopción de nuevas metodologías, los grupos que trabajan con derechos económicos y sociales reflexionan sobre la forma en que ellos se relacionan con el gobierno, que es diferente de la postura, más confrontativa, adoptada por los grupos que trabajan con derechos civiles y políticos. La diferencia tiene sus orígenes, en parte, en el hecho de que el trabajo de derechos económicos y sociales necesariamente versa sobre políticas gubernamentales, planes y presupuestos. Trabajar con estos documentos requiere discusiones con ministerios gubernamentales, departamentos, agencias y funcionarios, aunque sea tan sólo para obtener copias de las políticas, planes y presupuestos. Este enfoque más afirmativo, sin embargo, es únicamente una cara de la relación con el gobierno, ya que los grupos que trabajan con el presupuesto también actúan de una manera más tradicional cuando se enfrentan a los gobiernos con documentación sobre errores y violaciones identificados en su análisis, y exigen respuestas y soluciones.

La relación entre el gobierno y los grupos que hacen trabajo presupuestario de derechos humanos no es de una sola vía, la de las OSCs presentando exigencias al gobierno. Ministerios en el área de, por ejemplo, salud y educación, han valorado y promovido en ocasiones el trabajo de grupos de la sociedad civil que exigen mayores fondos para salud y educación. Además, los legisladores no siempre son el blanco de la acción, sino que se han beneficiado a menudo de la asistencia de grupos que trabajan con el presupuesto. Al tener la responsabilidad de aprobar el presupuesto del Ejecutivo, pero no tener el conocimiento técnico para entender el contenido del presupuesto en sus detalles, los legisladores tienden a valorar los análisis de la sociedad civil sobre el presupuesto.

El contexto actual posee también otra serie de factores propicios al desarrollo del trabajo con el presupuesto público sobre derechos humanos. Debido al crecimiento del trabajo con el presupuesto público por parte de la sociedad civil en un gran número de países, los grupos de derechos humanos con menos experiencia en trabajo presupuestario pueden aprender de (y potencialmente colaborar con) estos grupos más experimentados. Gran parte del trabajo que estas OSCs realizan es relevante para el trabajo de derechos humanos, aunque haya sido abordado desde una perspectiva diferente o, de alguna manera, haya sido formulado de manera diferente. Además de grupos de la sociedad civil, especialistas, como economistas y académicos, han estado a veces dispuestos a asistir a los grupos de derechos humanos en el análisis presupuestario. El desafío, para los grupos de derechos humanos, es localizar a estas personas y desarrollar relaciones de colaboración con ellos. Además, hay importantes recursos en trabajo presupuestario de la sociedad civil disponibles en el plano internacional. La International Budget Partnership (IBP) y Revenue Watch, por ejemplo, desempeñan un papel clave para que los grupos de derechos humanos conozcan el trabajo que está siendo realizado por otras OSCs en sus propios países, y en otros.

También propician el crecimiento del trabajo presupuestario de derechos humanos las iniciativas, que complementan el análisis presupuestario y el control de gastos. Una de estas iniciativas, realizada por el Center for Economic and Social Rights⁸, incluye desarrollar otras metodologías para inspeccionar los “recursos disponibles” y la “realización progresiva” a través del uso de análisis estadísticos y de indicadores. La American Association for the Advancement of Science (AAAS) ha desarrollado una base de datos de “científicos de guardia”, que incluye los nombres de un gran número de científicos (entre ellos científicos sociales y estadísticos) que estarían dispuestos a prestarle voluntariamente su tiempo a organizaciones de derechos humanos⁹.

Pese al contexto favorable aquí mencionado, los grupos que realizan análisis presupuestario (o aquellos a los que les gustaría hacer este trabajo) todavía se enfrentan con retos muy significativos. El más común es la falta de acceso a información gubernamental, tanto al presupuesto en sí, como a otros documentos necesarios para darle sentido a los datos presupuestarios. Como resultado, algunos grupos interesados en trabajo presupuestario suelen descubrir que su principal tarea es presionar para conseguir mayor apertura del gobierno, para hacer el presupuesto más accesible a la sociedad civil, y para procurar que el gobierno reúna y divulgue datos dispersos que permitan el análisis del impacto del presupuesto en grupos específicos.

Para la mayor parte de grupos de derechos humanos, trabajar con presupuestos gubernamentales también exige una modernización considerable. Leer presupuestos y documentos relacionados, y hacer análisis presupuestarios no forma parte de la caja de herramientas “tradicionalmente” manejada por estos grupos. Aunque unos grupos se apoyen en otros para realizar el análisis presupuestario, es necesario que tengan un nivel de comprensión del presupuesto suficiente para poder formular las preguntas apropiadas a los analistas, entender lo implícito en sus diagnósticos, y dialogar con gobiernos, y otros, sobre estos diagnósticos.

Un reto suplementario al que se enfrentan los grupos de derechos humanos es la complejidad, a la que ya se ha hecho referencia, de relacionar patrones de derechos

humanos (particularmente los que garantizan derechos “sustantivos”, como vivienda, alimentación, agua) con el presupuesto gubernamental, proceso presupuestario y análisis presupuestario. Además, el conocimiento y el entendimiento de derechos económicos y sociales no están tan desarrollados como deberían estarlo. Esto puede ser importante, porque si los grupos no tienen un sólido conocimiento de estándares de derechos económicos y sociales -qué son y cómo pueden evaluar el grado de conformidad con garantías nacionales o internacionales—, no podrán hacer el mejor uso de la supervisión y el análisis presupuestario en su trabajo. Pese a que el trabajo presupuestario tenga una gran importancia en el trabajo de derechos civiles y políticos, es una herramienta de mayor uso para los que trabajan sobre derechos económicos y sociales.

Además, el desarrollo de trabajo presupuestario de la sociedad civil se ha visto generalmente retrasado por la existencia de un “cuello de botella” - la falta de personas en grupos de la sociedad civil que, con experiencia y habilidades en trabajo presupuestario, puedan asistir técnicamente a grupos e individuos que pretendan aprender el trabajo. El trabajo presupuestario de derechos humanos se verá bloqueado inicialmente por las mismas razones. Hasta que se consiga suficiente capacitación en un mayor número de OSCs, el trabajo presupuestario sobre derechos humanos necesitará basarse en el mismo cuadro de analistas de presupuestos.

Una dificultad adicional: mientras que existe una actividad considerable relacionada con los presupuestos gubernamentales en los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y Documentos de Estrategia de Lucha contra la Pobreza (PRSPs, sigla en inglés), tanto los ODM como los PRSPs tienen sus propios indicadores y jergas. La correspondencia de estos con los de derechos humanos suele ser poco clara, y esto, a su vez, puede ser una notable fuente de confusión para aquellos que pretenden aprender del trabajo presupuestario de grupos que se centran en ODMs y PRSPs.

Finalmente, otro reto para el desarrollo rápido de trabajo presupuestario sobre derechos humanos son los recursos para apoyar el trabajo. Aunque algunos donantes están dirigiendo sus fondos a trabajo presupuestario sobre derechos humanos, la financiación continúa siendo inadecuada, dada la enorme carga de trabajo.

5 Recomendaciones con vistas al futuro

Como ya se ha dicho anteriormente, el trabajo presupuestario sobre derechos humanos es reciente. En consecuencia, todavía hay que dar un gran número de pasos esenciales para asegurar la sostenibilidad y efectividad del trabajo. Los siguientes párrafos describen algunas actividades que contribuirían significativamente a avanzar en el trabajo.

En primer lugar, la “curva de aprendizaje” en presupuestos y trabajo de derechos humanos es muy empinada. Tener acceso a información sobre trabajo ya realizado –lo que los grupos han realizado, cómo han abordado el trabajo, los desafíos que enfrentaron y superaron, y los éxitos que han tenido– ayudaría a que todos aprendieran más rápidamente. Los grupos de derechos humanos podrían, por ejemplo, investigar y aprender de las experiencias de otros grupos de la sociedad

civil, en su país y en otros lugares que trabajen con presupuestos gubernamentales. La IBP y otros grupos producen mucha información sobre este trabajo. Aunque gran parte del trabajo disponible en los recursos de IBP no tiene lugar en un marco de derechos humanos, hay sin embargo bastantes cuestiones que los grupos de derechos humanos pueden aprender. Al mismo tiempo, otras organizaciones están trabajando en la creación de una base de datos (on-line) sobre trabajo presupuestario en derechos humanos¹⁰.

En segundo lugar, se necesita una investigación significativa sobre una serie de temas relacionados con los derechos humanos y el trabajo presupuestario. Por ejemplo:

- Paul Hunt, el anterior Relator Especial sobre el derecho a la salud, examinó de cerca la relación entre presupuestos gubernamentales y derecho a la salud. La Unidad de Derecho a la Alimentación de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO, sigla en inglés) ha hecho lo mismo con respecto al derecho a la alimentación. Grupos e instituciones que trabajan en otros derechos específicos, como vivienda, educación o agua, deberían llevar a cabo investigaciones similares.
- El trabajo presupuestario que se está haciendo sobre temas específicos, como industrias extractivas, podría explorar cómo los derechos humanos se relacionan con las cuestiones que su trabajo presupuestario aborda, y podrían considerar adoptar un marco de derechos humanos para ello. En efecto, un número creciente de grupos que analizan el presupuesto está explorando el marco de derechos, ya que éste proporciona tanto una base legal para su trabajo incluyendo una serie de prioridades preestablecidas con respecto a cuestiones específicas, tales como salud y educación.
- Es necesario hacer más trabajo (como el que está siendo realizado por el Centro para los Derechos Económicos y Sociales) para desarrollar herramientas y metodologías sólidas, relacionadas con el análisis estadístico, indicadores y demás para poder investigar y documentar violaciones de derechos económicos y sociales. Tales herramientas y metodologías suelen ser un complemento necesario para el análisis presupuestario efectivo, al proporcionar información que ayuda a conferir sentido a los datos presupuestarios.

En tercer lugar, en una encuesta realizada por la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red-DESC) hace un par de años, algunos grupos que hacían trabajo presupuestario sobre derechos humanos señalaron la capacitación como una de sus necesidades principales. Hay diferentes maneras posibles de abordar la capacitación, y algunas podrían ser abordadas. Los grupos informaron que, por ejemplo, materiales como “La dignidad cuenta” (FUNDAR; INTERNATIONAL BUDGET PROJECT; IHRIP, 2004) son útiles, y que debería desarrollarse, y ser muy accesible, un mayor número de guías sobre diferentes aspectos del trabajo presupuestario sobre derechos humanos. Además de estos recursos impresos, algunas organizaciones desarrollan en la actualidad programas de aprendizaje sobre trabajo presupuestario de derechos humanos,¹¹ pero es necesario que sean más frecuentes, y, que aborden una agenda más amplia.

Los grupos de la sociedad civil generalmente aprecian la asistencia técnica provista por analistas presupuestarios cualificados, que comprenden la lógica de la investigación hecha por la sociedad civil. El trabajo presupuestario sobre derechos humanos podría beneficiarse significativamente de una mayor asistencia técnica. Los programas de intercambio, a través de los cuales un miembro del equipo de un grupo que se dedica al trabajo presupuestario de derechos humanos pasa un tiempo con un grupo presupuestario más experimentado o con un grupo de derechos humanos, son también una forma importante de capacitación. Tales intercambios permiten que las personas que participan adquieran habilidades necesarias para el trabajo presupuestario a través de entrenamiento “en el trabajo”, el tipo de entrenamiento en profundidad que no es posible en programas de corto plazo.

En cuarto lugar, como ya se ha dicho anteriormente, hay algunos grupos que hacen diversos tipos de trabajo presupuestario que podrían considerarse como “trabajo presupuestario de derechos humanos”, pero que no usan explícitamente un marco de derechos. Estos grupos, incluyendo los que trabajan sobre transparencia y elaboración participativa de presupuestos, deberían animarse a usar estándares de derechos humanos, nacionales e internacionales, sobre acceso a información y participación, tanto para desarrollar como para presentar su trabajo. Además, los grupos que trabajan en elaboración de presupuestos con base en el género deberían animarse a definir y presentar su trabajo, utilizando la CEDAW y otros marcos internacionales y regionales de derechos humanos.

En último lugar, los órganos internacionales y mecanismos responsables de controlar e informar sobre situaciones de derechos humanos y su grado de conformidad con las obligaciones de los tratados, deberían considerar la relevancia de los presupuestos gubernamentales en las cuestiones que abordan, y tomar en cuenta análisis presupuestarios significativos a la hora de recopilar datos e informes. Específicamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debería considerar exigir cierta información presupuestaria básica a los gobiernos que someten sus informes periódicos al Comité, y estimular a la sociedad civil a que incluya análisis presupuestario en sus informes alternativos.

6 Conclusión

Muchos abusos de derechos humanos tienen sus raíces en una distribución desigual de la riqueza y recursos de la sociedad. El trabajo presupuestario de derechos humanos puede ser una herramienta muy efectiva en la localización y documentación de algunas de estas desigualdades, y de las razones que las explican. Al proporcionarles una información sobre asignaciones y gastos gubernamentales, al proponer recomendaciones específicas sobre la reasignación y al sugerir diferentes objetivos para los gastos, el trabajo presupuestario sobre derechos humanos puede permitir que ciudadanos y grupos de la sociedad civil afinen sus demandas y formalicen peticiones de acciones, suficientemente específicas, para mejorar la situación.

El presupuesto gubernamental es un documento clave y un proceso esencial para manejar la riqueza financiera y de recursos de una sociedad. Los gobiernos, con voluntad política, pueden configurar sus presupuestos y gastarlos de manera que

ayuden a garantizar una distribución y un uso más igualitario de la riqueza de la sociedad. Al hacer esto, pueden asegurar que al menos los recursos bajo su control sean utilizados de manera que permitan un mejor acceso de todos y cada uno de los habitantes del país a los servicios básicos que son esenciales para la dignidad humana. Esto sería el gobierno en su mejor expresión.

REFERENCIAS

- BALAKRISHNAN, Radhika. 2005. **Why MES with Human Rights? Integrating Macro Economic Strategies with Human Rights**. Nueva York. Disponible en: <http://www.policyinnovations.org/ideas/policy_library/data/01189/_res/id=sa_File1/>. Visitado el: 7 agosto de 2009.
- ELSON, Diane. 2006. **Budgeting for Women's Rights: Monitoring Government Budgets for Compliance with CEDAW**. Nueva York: UNIFEM.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO). 2009. **Budget Work to Advance the Right to Food: "Many a slip..."**. Roma: FAO.
- FUNDAR; INTERNATIONAL BUDGET PROJECT; INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS INTERNSHIP PROGRAM (IHRIP). 2004. **Dignity Counts: A guide to using budget analysis to advance human rights**. Washington D. C.: IHRIP.
- HOFBAUER, Helena; GARZA, Manuela. 2009. **The Missing Link: Applied budget work as a tool to hold governments accountable for maternal mortality reduction commitments**. Ciudad de México. Disponible en <<http://righttomaternalhealth.org/resource/the-missing-link>>. Visitado el: 7 agosto de 2009.
- INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS INTERNSHIP PROGRAM (IHRIP); THE ASIAN FORUM FOR HUMAN RIGHTS AND DEVELOPMENT (FORUM-ASIA). 2000. **Circle of Rights—Economic, Social and Cultural Rights Activism: A Training Resource**. Washington D.C.: IHRIP.
- MARPHATIA, Akanksha A.; MOUSSIE, Rachel; AINGER, Anne-Marie; ARCHER, David. 2007. **Confronting the Contradictions: The IMF, wage bill caps and the case for teachers**. Londres. Disponible en: <<http://www.actionaid.org/assets/pdf/1%20%20CONFRONTING%20THE%20CONTRADICTIONS%20E-VERSION.pdf>>. Visitado el: 26 junio de 2009.
- MENDEL, Toby. 2003. **Freedom of Information: A comparative survey**. París: UNESCO.
- RAMKUMAR, Vivek. 2008. **Our money, Our responsibility: A Citizen's Guide to Monitoring Government Expenditures**. Washington, DC: International Budget Partnership.
- RAMKUMAR, Vivek; KIDAMBI, Sowmya. 2007. **"Twataka Pesa Zetu" (We Want**

Our Money): A Public Budget Hearing in Kenya. Washington D.C. Disponible en: <<http://www.internationalbudget.org/resources/library/HearingKenya.pdf>>. Visitado el: 5 Agosto 2009

ROBINSON, Mark. 2006. **Budget Analysis and Policy Advocacy: The Role of Nongovernmental Public Action.** Sussex: Institute of Development Studies.

RUSIMBI, Mary. 2003. Mainstreaming Gender into Policy, Planning and Budgeting in Tanzania. In: United Nations Development Fund for Women (UNIFEM). **Gender Budget Initiatives: Strategies, Concepts and Experiences.** Nueva York: UNIFEM, p. 119-125.

STREAK, Judith. 2003. **Monitoring government budgets to advance child rights: a guide for NGOs.** Ciudad del Cabo: IDASA.

WAGLE, Swarnim; SHAH, Parmesh. 2003. **Case Study 2 - Porto Alegre, Brazil: Participatory Approaches in Budgeting and Public Expenditure Management.** Washington D.C. Disponible en: <<http://siteresources.worldbank.org/INTPCENG/1143372-1116506093229/20511036/sdn71.pdf>>. Visitado el: 7 agosto de 2009.

NOTAS

N.T. Frontloading es un concepto que en el contexto del trabajo presupuestario con enfoque de derechos humanos se refiere al costo de recursos necesarios para dar cumplimiento a un derecho. Es un análisis anticipado que trata de calcular a la luz de un derecho, el monto presupuestario requerido para hacerlo cumplir.

1. En este artículo, el término "trabajo presupuestario" se usa para referirse a una serie de posibles trabajos relacionados al presupuesto gubernamental, incluyendo, particularmente, análisis presupuestario, control de gastos, evaluación de costos, evaluaciones de impacto presupuestario e incidencia presupuestaria.

2. La International Budget Partnership (IBP) tiene una página web que incluye información más detallada sobre iniciativas de transparencia de la sociedad civil (<http://www.internationalbudget.org/themes/BudTrans/index.htm>). Además, IBP, en colaboración con otros grupos presupuestarios de la sociedad civil alrededor del mundo, ha desarrollado un "Open Budget Index" que evalúa el grado de transparencia de los procesos presupuestarios en 85 países (<http://www.openbudgetindex.org/>). Visitado el: 5 agosto de 2009.

3. UNESCO ha producido un recurso útil que proporciona análisis extensivo sobre estos estándares, ver Mendel, 2003.

4. Para una descripción más completa del proceso, ver Wagle; Shah, 2003.

5. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 21(1), y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, artículo 25.

6. Una página web, realizada por el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM por sus siglas en inglés), proporciona informaciones y recursos extensivos sobre "Elaboración de Presupuestos Sensible al Género" alrededor del mundo: <http://www.gender-budgets.org/>. Visitado el: 5 agosto de 2009.

7. Una de estas iniciativas, que empezó a comienzos de 2006 a iniciativa del Grupo APRODEV de Derechos y Desarrollo, está ahora con Equalinrights. Más información sobre esta iniciativa disponible en: <http://www.equalinrights.org/budgeting-for-human-rights/>. Último acceso: 25 de junio de 2009.

8. El sitio web de CESC es <http://www.cesr.org/>. Visitado el: 25 junio de 2009.

9. El sitio web de esta iniciativa es <http://oncallscientists.aaas.org/default.aspx>. Visitado el: 25 junio de 2009.

10. El Programa Internacional de Pasantías de Derechos Humanos (IHRIP, sigla en inglés) desarrolla una página web de este tipo.

11. Una colaboración de cuatro organizaciones, IHRIP, IBP, Fundar y Red DESC, patrocinan regularmente programas de aprendizaje de 10 días, principalmente a nivel regional.

ABSTRACT

The paper provides a short history of the development of human rights budget work and explains what human rights budget work is. It discusses the different focuses — including on transparency, on gender, and on the right to food—of current work and provides examples of some of the work done by civil society groups in different countries. It also summarizes some of the strategies used by groups in their human rights budget work. The next part of the paper focuses on the current environment for the work and opportunities for its development as well as challenges civil society groups face in doing the work. The last part of the paper makes recommendations for initiatives that need to be undertaken by civil society, governments, intergovernmental bodies and donors to encourage and facilitate the development of human rights budget work.

KEYWORDS

Human Rights Budget – Economic, Social and Cultural Rights – NGOs

RESUMO

O artigo apresenta uma breve história do desenvolvimento da incidência em orçamentos públicos com base em direitos humanos e busca explicar o significado desse trabalho. São abordados diferentes enfoques – incluindo transparência, gênero e direito à alimentação – da incidência atualmente exercida sobre orçamentos públicos, bem como apresenta, a título exemplificativo, experiências de organizações de direitos humanos em diferentes países com relação a este trabalho. Resume também algumas estratégias empreendidas por organizações em sua incidência sobre orçamentos públicos com base em direitos humanos. A segunda parte do artigo concentra-se no contexto atual em que esta incidência se dá, analisa as oportunidades para maior desenvolvimento deste tipo de trabalho, bem como apresenta os desafios enfrentados por organizações neste campo. A última parte apresenta recomendações para futuras iniciativas por parte da sociedade civil, governos, órgãos intergovernamentais e doadores para promover e facilitar o desenvolvimento da incidência sobre orçamentos públicos com base em direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE

Trabalho sobre orçamento público em direitos humanos – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ONGs

ALDO CALIARI

Aldo Caliarí, nacido en Argentina, tiene un Master en Política y Práctica Internacional de la Universidad George Washington (2007), con orientación en economía y finanzas. También tiene un Master en Estudios Legales Internacionales del Washington College of Law, American University (2000), donde fue honrado con el Premio al Graduado Sobresaliente. Obtuvo su título de abogado en Argentina, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, en 1997.

Desde el año 2000, Aldo ha trabajado en el Center of Concern, donde se desempeñó como director del Proyecto "Repensando Bretton Woods". Ha producido gran cantidad de textos y disertaciones orales sobre temas de deuda, arquitectura financiera internacional y derechos humanos en la política económica internacional. En los últimos años, se ha dedicado a la relación entre el comercio y las finanzas. Habitualmente se desempeña como consultor en estos temas para organizaciones internacionales, fundaciones, medios de comunicación, redes y grupos de la sociedad civil.

Email: aldo@coc.org

RESUMEN

El surgimiento de las políticas de comercio, finanzas e inversiones como prioridades para quienes se dedican a promover el respeto y la defensa de los derechos económicos y sociales está relacionado con el hecho de que cada vez es más evidente que en la lucha por promover esos derechos, dichas políticas no pueden pasarse por alto ni abstraerse como si pertenecieran a un área separada. El paradigma de los derechos humanos, según quedó conformado por los acontecimientos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que depende de la responsabilidad de los actores estatales, se complementa con aspectos económicos de la globalización; por ejemplo, el aumento del comercio internacional y de los flujos financieros transnacionales, la desregulación, las privatizaciones y la reducción de la función del Estado, que culminaron en el desgaste de la capacidad de los Estados de adoptar las medidas activas necesarias para respetar, proteger y cumplir los derechos humanos en su jurisdicción territorial. Por otra parte, las organizaciones internacionales como la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional han aumentado su influencia sobre la capacidad de los Estados de implementar obligaciones de derechos humanos. Este artículo se propone varios objetivos. En base a una descripción general de las tendencias planteadas por la intersección de las políticas comerciales, financieras y de inversiones y los derechos humanos, se presentará el rico panorama de estrategias y tendencias para los defensores de los derechos humanos. Antes de formular algunas recomendaciones en el último capítulo, se expondrán algunas historias de éxitos y las futuras tendencias, incluyendo las oportunidades y obstáculos.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodríguez.

Recibido en octubre de 2009. Aceptado en noviembre de 2009.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos – Derechos económicos y sociales – Globalización – Defensa de los derechos humanos



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

COMERCIO, INVERSIONES, FINANZAS Y DERECHOS HUMANOS: TENDENCIAS, DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES¹

Aldo Caliarì

Las áreas de inversiones, comercio y finanzas han cobrado importancia para las condiciones de goce de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Las tendencias hacia la globalización del comercio, las finanzas y las inversiones representan, en este sentido, un gran desafío que los defensores de los DESC han enfrentado recurriendo a diversas estrategias. Aun cuando han avanzado notablemente en la ampliación de sus conocimientos, recursos y habilidades, sigue existiendo una gran brecha entre los recursos disponibles y la dimensión del desafío. En particular, los defensores de los DESC luchan por abordar con eficacia las metas de defensa pertinentes a las cuestiones de comercio, finanzas e inversiones.

La primera sección de este artículo brinda un panorama general de las tendencias planteadas por la intersección de las políticas comerciales, de inversiones y financieras y los derechos humanos, y los desafíos que surgen para los defensores de los derechos humanos. La segunda sección explora el rico panorama de estrategias y actividades que la comunidad de derechos humanos ha puesto en acción como respuesta hasta el momento. La tercera sección analiza historias de éxito y futuras tendencias que servirán de contexto a las estrategias en curso, incluyendo las oportunidades y los obstáculos que conforman. La cuarta y última sección formula algunas recomendaciones.

1 Desafíos y tendencias: panorama general

El surgimiento de las políticas de comercio, finanzas e inversiones como prioridades para quienes se dedican a promover el respeto y la defensa de los derechos económicos y sociales está relacionado con el hecho de que cada vez es más evidente que en la lucha por promover esos derechos, dichas políticas no pueden pasarse por alto ni abstraerse como si pertenecieran a un área separada.

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

Éste es un concepto que siempre ha caracterizado a este conjunto de derechos, puesto que los instrumentos que definen las obligaciones respecto de los DESC están formulados en un lenguaje que obliga a recurrir a evaluaciones extrajurídicas de índole económica y de política económica. La obligación de los estados en esta área se suele definir como “adoptar medidas... hasta el máximo de los recursos de que disponga”, “para lograr progresivamente,” etc.² El lenguaje específico de ciertos derechos agrega aún más calificaciones, como cuando el lenguaje sobre el derecho a la salud hace referencia al “más alto nivel posible”. Esto no niega la existencia de normas según las cuales queda configurada de inmediato una violación por la privación de un derecho, como por ejemplo, la obligación de no discriminar en el goce de cualquiera de los DESC. Pero en la mayoría de los casos, las obligaciones en materia de DESC están formuladas en un lenguaje que hace que sea inevitable recurrir a los criterios de la política económica para verificar, por ejemplo, si los Estados están haciendo el “mejor uso” de los recursos o cuáles son los “recursos disponibles” con los que realmente cuentan.

Las tendencias hacia la globalización económica han agravado los problemas asociados con estos factores porque el paradigma de los derechos humanos, según quedó conformado por los acontecimientos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, pasa a depender de la responsabilidad de los actores estatales, que de esta manera se convierten en los únicos responsables directos de las obligaciones. Pero los aspectos económicos de la globalización, como el aumento del comercio internacional y de los flujos financieros transnacionales, la desregulación, las privatizaciones y la reducción de la función del Estado, desgastan la capacidad de los Estados de adoptar las medidas activas necesarias para respetar, proteger y cumplir los derechos humanos en su jurisdicción territorial. Por lo tanto, algo que desde el punto de vista tradicional de los derechos civiles y políticos se recibía con beneplácito (la reducción de la función del Estado frente a la esfera de libertades individuales), desde el punto de vista de los DESC representa una desventaja. Los derechos económicos y sociales requieren, por su esencia, un Estado con mayor capacidad de adoptar medidas activas en la política económica y social, aun cuando esas medidas no constituyan una intervención sino una supervisión y regulación más activa de la actividad del sector privado³.

El mismo fenómeno ha causado que las organizaciones internacionales como la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) hayan aumentado su influencia sobre la capacidad de los Estados de implementar obligaciones respecto de los derechos humanos. Se puede afirmar lo mismo de varios actores en los mercados financieros internacionales desregulados, como los fondos de cobertura o los fondos de capital privado. En otras palabras, varias áreas de las políticas que antes dependían sólo de decisiones nacionales, y que tienen consecuencias sobre el modo en que se cumplen los compromisos de derechos humanos, están quedando cada vez más bajo la influencia de las políticas y normas definidas a nivel internacional, o en procesos colegiados en los que el Estado nacional es sólo un integrante más (comercio, propiedad intelectual, finanzas). Los actores comerciales organizados internacionalmente también tienen cada vez más influencia en el ámbito nacional, ya sea de manera directa o indirecta. Se produce una fuerte

intersección entre esta influencia y la capacidad de este sector de ejercer presión sobre las políticas y normas definidas a nivel internacional.

Sin embargo, estas organizaciones y actores no son en sí mismos partes de los instrumentos de derechos humanos cuya elaboración y adopción es fruto de largas luchas impulsadas por el movimiento de derechos humanos. En definitiva, por supuesto, las organizaciones internacionales están formadas por Estados que son partes de los instrumentos de derechos humanos. De igual modo, los actores del sector privado no actúan en un vacío, sino que están sujetos a la jurisdicción de los Estados que son partes de dichos instrumentos. Pero el hecho es que la cadena de responsabilidades en el caso de los actores no estatales es, como mínimo, menos clara, justo en una época en que su influencia ha aumentado.

Por lo tanto, con su creciente importancia, las organizaciones y organismos con jurisdicción sobre el comercio, las finanzas y las inversiones, así como las políticas que emanan de ellos, han cobrado más relevancia en la lucha por promover y respetar los DESC.

Los desafíos

Los esfuerzos por hacer que la formulación de normas y políticas económicas responda al marco de los derechos humanos se enfrentan a importantes desafíos.

El primer desafío es el que plantea la globalización económica. Es el que surge lógicamente cuando se promueve un reclamo basado en los derechos (que por definición representa la otra cara de una obligación) en un entorno cada vez más globalizado en el que los principales actores económicos no son ni partes de los instrumentos de derechos humanos vigentes que crean las obligaciones, ni se sienten obligados por dichos instrumentos. La eliminación de la toma de decisiones sobre políticas económicas del nivel nacional también hace que resulte más difícil encontrar responsables. Permite que las instancias nacionales y supranacionales comiencen un “juego de culpas”, en el que cada uno hace responsable al otro de un resultado específico y se empaña la responsabilidad por la defensa del derecho en cuestión.

Las dificultades para acceder a la información también son un desafío, y este desafío es doble. En lugar de remitirse sólo a un gobierno nacional, las cuestiones de política económica transnacional afectan por definición la conducta y las políticas de más de una parte. Estas partes pueden ser las partes negociadoras de un acuerdo de comercio o de un préstamo otorgado por otro país, o por una institución financiera internacional (que tiene, a su vez, un gran número de miembros con la responsabilidad colectiva de la decisión). Estas partes también pueden ser el Estado inversionista y el Estado receptor en un proyecto de inversión, o el país donante y el país receptor de una donación. A los ciudadanos ya les resulta difícil reunir información sobre una parte que no es su propio gobierno. Pero con la globalización se ha tornado más difícil para ellos acceder a información sobre la actuación de su propio gobierno en las negociaciones internacionales, aun cuando los resultados de esas negociaciones en definitiva impongan obligaciones a sus legisladores nacionales y locales.

En tercer lugar, las demandas basadas en los derechos humanos sobre cuestiones de política económica pueden ser desestimadas con condescendencia por los autores de las políticas económicas, por considerarlas bien intencionadas pero ajenas a las realidades de recursos limitados. Los responsables de implementar las políticas económicas, quienes quizás estén totalmente de acuerdo con esas demandas, muchas veces se preguntan si brindan alguna orientación útil para tratar asuntos de política intrincados como: cuál es el grado óptimo de apertura en una industria en particular, o dónde obtener los recursos para satisfacer las necesidades inmediatas y contradictorias de diferentes grupos sociales. El desafío impuesto por la limitación de los recursos es un desafío al que los defensores de los derechos humanos --cuyas exigencias muchas veces parecen no dar lugar a las soluciones de compromiso, que son un ingrediente necesario de la economía-- aún deben responder con credibilidad. Si se han realizado intentos por formular respuestas, éstos no están muy difundidos, carecen de una base sólida de normas vinculantes de derechos humanos, o bien se les puede objetar que no están basados en fundamentos económicos sólidos.

En cuarto lugar, el marco jurídico de los derechos humanos tampoco es muy explícito cuando se trata de obtener orientación sobre prescripciones detalladas para la formulación de políticas. Si nos detenemos a pensar en esto, veremos que no se trata de un defecto ni tampoco debería sorprendernos. Si aceptamos el concepto acertado de que los modelos económico y de desarrollo deben adaptarse a cada país, y aun a cada región, como producto de realidades económicas, políticas y sociales únicas, el intento de producir políticas universales imbatibles es un ejercicio condenado al fracaso. Al igual que los tan criticados programas de ajuste estructural, los ejercicios similares para establecer modelos universales únicos serán objeto de críticas justificadas. Pero esta falta de prescripciones precisas, si bien es una virtud, también puede implicar que los responsables inescrupulosos --o simplemente mal informados-- de la formulación de la política se apropien del lenguaje de los derechos humanos para justificar políticas económicas dudosas o mal encaminadas.

En quinto lugar, la falta de amplios conocimientos en materia de políticas financieras y comerciales y el proceso de formación de la política en torno a ellas entre los grupos de derechos humanos representa un obstáculo para sus operaciones en lo que respecta a su influencia sobre las políticas y prácticas económicas. La falta de conocimientos sólidos sobre comercio, inversiones y finanzas y su aplicabilidad relativa a objetivos de DESC específicos debilita la capacidad y la confianza de los defensores de derechos humanos para diseñar estrategias y proponer medidas basadas en evaluaciones acerca de dónde puede resultar útil una intervención de defensa planificada⁴.

En este contexto, surge la tentación de limitar la defensa de los derechos humanos al nivel "micro", ya que es precisamente en el contexto limitado de una microeconomía o proyecto específico donde se pueden identificar y articular con más facilidad los impactos de una determinada política o proyecto. Sin embargo, no se pueden abordar de este modo los entornos macroeconómicos que pueden ser responsables de la necesidad, factibilidad o existencia de alternativas para esas mismas microeconomías y proyectos específicos. Concentrarse en los microimpactos

equivale, en cierto sentido, a concentrarse en los síntomas, sin abordar las causas primarias. Además, a este enfoque se le puede objetar la falta de rigor por no tomar en cuenta las concesiones recíprocas entre los derechos de las diferentes regiones o partes de la población. Por ejemplo, en el proyecto de una represa que requiera mudar a una comunidad de su hábitat, es fácil identificar los derechos afectados de la comunidad pero, desde un punto de vista más amplio, el gobierno a cargo del proyecto puede argumentar que simplemente está tratando de reducir la pobreza, al permitir que otros sectores de la población tengan acceso a la educación, la salud, la electricidad o incluso el agua. Las preguntas acerca de dónde debería trazarse la línea y qué es una solución de compromiso aceptable no pueden ser respondidas en abstracto, y requerirán un análisis individual de cada caso. El enfoque basado en los derechos humanos sin duda se aplica al trazado de esta línea, ya que las pautas establecidas por los órganos de vigilancia de los tratados contemplan medidas con efecto retroactivo sobre el goce de ciertos derechos, pero siempre y cuando estén justificadas en términos de los derechos que están promoviendo (ONU, 1990). El marco de los derechos humanos puede ser utilizado para realizar elecciones de política. Pero este marco es más difícil de utilizar, ya que su aplicación requiere de conocimientos especializados sobre políticas comerciales y financieras, y las conclusiones que de él se obtengan no serán tan absolutas ni claras como las que surjan del enfoque “micro”.

En sexto lugar, cada vez más decisiones que requieren un delicado equilibrio entre los principios del derecho internacional de derechos humanos y la necesidad de implementar una buena política económica parecen estar sujetas de facto (o, en algunos casos, *de iure*) a decisiones que deben ser tomadas por organismos con trayectoria puramente económica (comercial, de inversiones, financiera) y sobre la base de consideraciones que excluyen los derechos humanos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con los litigios que involucran el acceso a servicios que han sido sometidos a tribunales arbitrales de inversiones⁵.

Al mismo tiempo, a las organizaciones de la sociedad civil parece resultarles confortable centrarse en la elaboración y fijación de normas por parte de las maquinarias y organismos de derechos humanos. Esta observación no pretende, de ningún modo, restar importancia a la elaboración de normas. Las normas del *soft law* (derecho blando) como las Observaciones Finales que puede formular el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC) tras analizar informes de los países, o las Observaciones Generales, son útiles no sólo para los defensores de los derechos humanos sino también para los gobiernos. Sin embargo, está claro que las instituciones financieras internacionales, o los sectores del gobierno que participan en negociaciones sobre acuerdos de comercio, prestan poca atención a dichas normas y estándares y los consideran, en el mejor de los casos, como recomendaciones.

Esta situación sin duda se ve agravada por la estructura de aplicación de las normas. Por ejemplo, las Observaciones Generales del Comité DESC son la interpretación autorizada del Pacto. Pero estas interpretaciones tienen fuerza vinculante para los principales obligados, es decir, los Estados. Se han esgrimido argumentos sostenibles para justificar la aplicabilidad de las declaraciones emanadas

de este órgano a actores no estatales (como las organizaciones internacionales y entidades del sector privado). Sin embargo, al final lo que importa es si existe un tribunal ante el cual presentar el reclamo. En el caso del Comité DESC, además de la jurisdicción a nivel nacional, por lo general no se dispone de ese tipo de tribunales.

En consecuencia, muchas veces sucede que los defensores de los derechos humanos, para poder influir sobre los debates y negociaciones de política económica, se ven obligados a oponerse desde una posición de desventaja, en instituciones para las que los derechos humanos son, en el mejor de los casos, una consideración auxiliar de aplicación más bien discrecional. Hay quienes adhieren a la idea de que los organismos con jurisdicción económica, si están dotados del personal adecuado, podrían estar más abiertos a aplicar el derecho de derechos humanos. Por ejemplo, algunos académicos —incluso los especialistas en derechos humanos— señalan el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) como una posible vía para litigar casos que involucren los derechos humanos⁶. Contribuir a la formación y especialización de dichos organismos en derechos humanos debería considerarse sin duda como una alternativa pragmática.

Pero la idea de que con algunas modificaciones en la dotación de personal se pueden superar las dificultades culturales y estructurales en el caso de los organismos fundamentalmente orientados a la aplicación del derecho económico para que los reclamos sobre derechos humanos tengan una audiencia imparcial, o incluso sean admitidos sin contradicciones, se sustenta sobre bases débiles. Esto se debe a que en ese tipo de organismos, el proceso judicial tiene lugar en el contexto de un cuerpo de leyes primarias orientadas a mercados abiertos para operaciones internacionales, como el derecho de la OMC o las inversiones internacionales. Asimismo, la herramienta de sentar precedentes ante los tribunales judiciales y desarrollar jurisprudencia y principios sobre la interpretación de los derechos a través del litigio estratégico no está disponible en lo que respecta a los organismos encargados de la formulación de leyes y políticas económicas. Los tribunales arbitrales de inversiones, a diferencia de otros tribunales, simplemente no están obligados por los precedentes y, en la mayoría de los casos, sus actuaciones judiciales no son públicas. Esto significa que los defensores de los derechos humanos se enfrentan a la infructuosa labor de tener que pelear cada caso como si fuera el primero, en condiciones muy desfavorables, un esfuerzo para el que la comunidad de derechos humanos simplemente carece de recursos suficientes.

La reforma de la maquinaria institucional para que los procesos de toma de decisiones de política económica obliguen a considerar los derechos humanos beneficiaría a toda la comunidad de derechos humanos. Sin embargo, la comunidad no cuenta con una estrategia colectiva y concertada para llevar adelante una defensa sistemática sobre las reformas de estos procesos institucionales (o para establecer alianzas tácticas con los grupos que participan en dichas reformas).

En séptimo lugar, es muy difícil identificar un aporte específico del movimiento de derechos humanos a los cambios y a las reformas. Cuando lo hay, suele ser el resultado de haber unido esfuerzos con un gran número de grupos no basados en los derechos humanos bajo una consigna expresada en términos negativos, como “eliminar las normas de inversión de la OMC” o “eliminar la

influencia del FMI en un determinado país”. Esto en realidad es bueno y no debe minimizarse. En la medida en que estos esfuerzos den lugar a la elaboración de políticas y normas a nivel nacional que podrían ser más compatibles con las obligaciones de derechos humanos del país en cuestión, pueden considerarse un progreso. Pero pocas veces es posible identificar un mensaje de derechos humanos formulado en términos positivos que exprese cuál debería ser la alternativa específica de la política. Por ejemplo, una vez que los Estados tengan la libertad de articular una política de inversión, ¿cuáles deberían ser estas políticas para promover mejor los DESC? O bien, una vez que un país obtiene espacio de políticas frente a un programa previamente limitante del FMI, ¿qué requiere una política macroeconómica basada en los derechos humanos?

2 Estrategias y actividades

Los numerosos desafíos no han impedido el surgimiento de una rica respuesta desde la comunidad de derechos humanos en términos de estrategias para promover la rendición de cuentas de las políticas económicas en relación con los derechos humanos. Esta sección ofrece ejemplos de actividades y estrategias. A los fines de la presentación, el ejercicio, en lugar de una larga lista descriptiva, presenta una clasificación por tipos de estrategias, que incluye uno o dos ejemplos representativos de cada una de ellas⁷. Obsérvese que la clasificación se realiza sólo con fines analíticos. En realidad, sería difícil encontrar una organización que se dedique sólo a una de estas estrategias. La mayoría de las organizaciones se dedican a más de una estrategia al mismo tiempo; de hecho, tratan de lograr que diferentes estrategias funcionen juntas.

Tipos de estrategias/actividades:

- a. *La concientización entre las organizaciones de base, otras ONG, funcionarios de gobierno y el público en general* comprende actividades dedicadas a crear conciencia en el público o en las comunidades específicas a través de charlas, talleres, preparación y distribución de materiales, campañas publicitarias, espectáculos de arte y otros eventos públicos. Por ejemplo, el South East Asian Council for Food Security and Fair Trade (SEACON), Malasia, se dedica a educar a los grupos de interés de agricultores acerca de las implicaciones de los tratados de libre comercio sobre la agricultura. De igual modo, la organización 3D crea conciencia entre las organizaciones de comercio, desarrollo y derechos humanos para garantizar que las normas comerciales se desarrollen y apliquen en formas que promuevan una economía equitativa.
- b. *El desarrollo de capacidades y la movilización pública* comprende actividades dedicadas a organizar y movilizar a los grupos afectados y a las ONG. Por ejemplo, algunas secciones de la organización FoodFirst Information and Action Network (FIAN) en países de Latinoamérica y África trabajan junto con otras ONG de derechos humanos para movilizar a los grupos de campesinos y agricultores para que hagan valer sus derechos. De igual modo, los miembros

de la Coalición Internacional para el Hábitat en México y otros países han realizado trabajos específicos, y el desarrollo de capacidades es una fortaleza tradicional de la Secretaría del Foro Asiático para los Derechos Humanos y el Desarrollo (FORUM-Asia con sede en Bangkok) con respecto al comercio y los derechos humanos. El Centro para los Derechos Humanos sobre la Tierra, por su parte, trabaja para desarrollar la capacidad de los pequeños productores para analizar qué impacto tienen las políticas de comercio e inversión sobre sus comunidades en Egipto. El Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES) de Ecuador también ha trabajado para impedir tratados de comercio regionales y bilaterales que han amenazado los derechos humanos, concentrándose específicamente en la función de la movilización pública en torno al Tratado de Libre Comercio Ecuador-Estados Unidos, el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), y recientemente, el Acuerdo de Asociación Económica de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) con la Unión Europea.

- c. *La estrategia de influir sobre las decisiones y la formulación de políticas y normas de los gobiernos nacionales* procura modificar el comportamiento de un determinado gobierno con respecto a las políticas de comercio, finanzas o inversiones. Por ejemplo, DECA Equipo Pueblo incorpora un fuerte componente de labor de defensa con los poderes ejecutivo y legislativo del gobierno mexicano (como la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Secretaría de Economía, la Cámara de Diputados y el Senado), la Comisión Europea (CE) y la Delegación de la Comisión Europea de México y con los Bancos Multilaterales de Desarrollo (BMD) y sus oficinas en México. Parte de esta labor es establecer mecanismos de consulta, en particular con el gobierno mexicano, sobre los impactos de las políticas comerciales y económicas sobre el desarrollo social, el desarrollo sostenible y los derechos humanos en el país. El Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA) de Colombia denuncia la inconstitucionalidad de las actuales negociaciones para el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos ante los tribunales de Colombia⁸. El litigio en Sudáfrica alentado por el grupo Campaña de Acción por el Tratamiento sobre la falta de acceso a fármacos antirretrovirales para el VIH / SIDA no sólo estaba orientado a lograr un cambio nacional, sino que también tenía una dimensión internacional, ya que procuraba obligar al gobierno sudafricano a que se realicen cambios en el régimen de derechos de propiedad intelectual a través de las negociaciones internacionales existentes (SUDÁFRICA, 2002). Por su parte, la ONG mexicana FUNDAR participa en el proceso de formulación de la política fiscal del gobierno vigilando y analizando las negociaciones del presupuesto nacional desde el punto de vista de género y derechos humanos.
- d. *La estrategia de influir sobre las decisiones y la formulación de políticas y normas en instituciones y foros internacionales* comprende actividades cuyo objetivo es influir sobre el comportamiento de una institución internacional involucrada en la política económica, como el Fondo Monetario Internacional, la OMC o el Banco Mundial. La Iniciativa Halifax y otras organizaciones trabajan para que las evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos integren

los procedimientos de dichas instituciones para el examen de los proyectos de financiamiento que vayan a financiar. FORUM-Asia muchas veces actúa como una plataforma regional asiática dentro de organismos como ASEAN y las Naciones Unidas para promover un régimen comercial compatible con los derechos humanos. El Proyecto de Biodiversidad y Propiedad Intelectual del Instituto para la Agricultura y la Política Comercial (IATP, por sus siglas en inglés) propugna reformas significativas en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC, que vulnera derechos humanos básicos y así pone en peligro el acceso a los fármacos contra el SIDA y otros medicamentos, así como los derechos de los agricultores a guardar y sembrar semillas de sus cosechas. El Proyecto Bretton Woods ejerce presión dentro del Banco Mundial para que éste reconozca sus obligaciones integrando un enfoque basado en los derechos humanos en sus propias políticas y programas con transparencia y participación pública.

- e. *La elaboración de normas a nivel nacional* comprende actividades dedicadas a crear normas nacionales que puedan ayudar a oponerse a determinadas actividades de comercio, inversiones o finanzas. Ejemplo: varios grupos nucleados mediante redes como las que promueven la Petición de Parlamentarios Internacionales para una Supervisión Democrática de las Políticas del FMI y del Banco Mundial (PROYECTO BRETTON WOODS, 2004), participan en campañas para sancionar leyes que establezcan la obligatoriedad de los poderes ejecutivos de obtener la aprobación parlamentaria para cualquier préstamo que negocien con el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial, de modo que, de no ser así, el préstamo pueda ser declarado ilegal o fuera de las facultades del gobierno. El trabajo de la Egyptian Initiative for Personal Rights (EIPR) sobre el comercio está relacionado con su programa de Salud y Derechos Humanos, y se concentra fundamentalmente en los derechos de propiedad intelectual en los tratados de comercio y en la disponibilidad y asequibilidad de los medicamentos. La EIPR ejerce presión dentro de la Unión Europea y de la ONU, especialmente con la anterior Comisión de Derechos Humanos, la UNGASS y otros mecanismos, para incorporar un lenguaje de derechos humanos más fuerte en asuntos de comercio y salud, el acceso a los tratamientos médicos, etc.
- f. *La elaboración de normas a nivel internacional* comprende actividades dedicadas a la ampliación y el perfeccionamiento del derecho internacional de derechos humanos, a través de normas de *hard law* y *soft law* (derecho duro y derecho blando) en relación con el comercio, las finanzas y las inversiones. Ejemplo: la elaboración de los Principios Tilburg sobre los Derechos Humanos en las Instituciones Financieras Internacionales, por parte de un grupo de expertos convocados por la Universidad de Tilburg en el año 2000 (VAN GENUGTEN; HUNT; MATHEWS, 2003, p. 247-255); la participación de algunas organizaciones en el diseño de pautas generales sobre el diseño e implementación de programas de deuda externa y políticas de reforma económica compatibles con los derechos humanos conducido por el Experto Independiente sobre

Deuda Externa y Derechos Humanos (ONU, 2008a); la labor de grupos como la organización 3D para garantizar que las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) se ocupen del comercio, las finanzas o las inversiones y aborden en forma apropiada otros temas relacionados con el comercio como la propiedad intelectual.

- g. *La jurisprudencia por mecanismos judiciales y cuasijudiciales a nivel nacional* dirigida a la creación de jurisprudencia nacional con respecto a la interpretación e implementación de normas comerciales y de inversiones, o condiciones de préstamos. En un ejemplo reciente, la Corte Suprema de Costa Rica interpuso un recurso para impedir la implementación del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos, del que Costa Rica es parte, basado en que no se habían cumplido los requisitos de consulta con las comunidades indígenas afectadas, lo cual determinaba la inconstitucionalidad de las leyes de implementación (CENTRO INTERNACIONAL PARA EL COMERCIO Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE, 2008). Por su parte, el Movimiento dos Atingidos por Barragens (MAB) de Brasil buscó resarcimiento por los impactos del financiamiento público del sector hidroeléctrico brasileño, asociándose con una comisión investigadora establecida por la Secretaría Especial de los Derechos Humanos de Brasil (Secretaria Especial dos Direitos Humanos). La Comisión de Derechos Humanos de Kenia ha promovido una acción judicial para impedir la firma del Acuerdo de Asociación Económica entre la UE y Kenia. La organización Human Rights Law Network en India ha objetado el régimen de derechos de propiedad intelectual en relación con el acceso a los medicamentos ante la Corte Suprema, y logró que se dicte una orden judicial que obliga al gobierno a garantizar la disponibilidad y asequibilidad de todos los medicamentos básicos para toda la población que vive por debajo de la línea de la pobreza.
- h. *La jurisprudencia por mecanismos judiciales y cuasijudiciales, así como los órganos de vigilancia y supervisión de los derechos humanos a nivel internacional* dirigida al establecimiento de jurisprudencia internacional con respecto a la interpretación e implementación de normas comerciales y de inversiones, o condiciones de préstamos. Ejemplo: el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACJI) junto con organizaciones de consumidores hicieron una presentación *amicus curiae* ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en un caso sobre la concesión de los servicios de agua a empresas extranjeras por parte del gobierno argentino (CIADI, 2003a, presentación aceptada por el CIADI). La organización 3D logró incorporar advertencias sobre las posibles consecuencias de las disposiciones sobre los derechos de propiedad intelectual negociadas por determinados países, en los informes pertinentes de cada país por los órganos de vigilancia de los tratados⁹. Un grupo de cuatro ONG —entre las que se encuentra el Centre for Applied Legal Studies (CALS) e InterRights— presentó una petición, que les fue concedida, al tribunal de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

relativas a Inversiones para intervenir en un caso entre los propietarios europeos de ciertas compañías mineras de Sudáfrica y la República de Sudáfrica en relación con la implementación de las medidas del programa *Black Economic Empowerment* (promoción de la autonomía económica de los negros) en Sudáfrica. (CENTRO INTERNACIONAL PARA EL COMERCIO Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE, 2008)

- i. *Evaluaciones del impacto que tienen los proyectos sobre los derechos humanos* dirigidas a diseñar metodologías y llevar a cabo concretamente evaluaciones del impacto que tienen las normas o políticas de comercio, finanzas e inversiones sobre los derechos humanos. Aun cuando las Evaluaciones del Impacto sobre los Derechos Humanos (EIDH) todavía no son ejercicios oficiales ni cuentan con el aval de los gobiernos, pueden ser una herramienta para el valor cualitativo de la evaluación, y para conferir poderes a una comunidad afectada por un proyecto facilitándoles un vehículo para que expresen sus inquietudes. La ONG canadiense Derechos y Democracia junto con Tebtebba, Association Africaine de Défense des Droits de l'Homme (ACIDH), Action Contre l'Impunité pour les Droits Humains (ASADHO) y el CELS han desarrollado una serie de publicaciones y ejercicios de evaluaciones del impacto de los proyectos de inversión extranjera sobre los derechos humanos (DERECHOS Y DEMOCRACIA, 2008).
- j. *El mejoramiento del acceso a la información* dirigido a ampliar el acceso a la información sobre la actividad del gobierno con respecto al comercio, las finanzas y las inversiones. Si bien el acceso a la información no está directamente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tiene carácter instrumental y así lo reconoce el Comité DESC en sus Observaciones Generales. El acceso a la información ha demostrado ser esencial para que toda movilización y defensa importante de los DESC en materia de comercio, finanzas e inversiones se realice en el momento oportuno y esté adecuadamente orientada, sobre todo teniendo en cuenta la gran falta de transparencia que caracteriza a la actividad en este ámbito.

3 Una mirada hacia el futuro: éxitos, oportunidades y obstáculos

Éxitos

Pese a las enormes dificultades y teniendo en cuenta el ritmo inevitablemente gradual del progreso que cabe esperar en relación con el ambicioso objetivo de lograr regímenes de comercio, inversiones y finanzas que respondan a los derechos humanos, los últimos años han sido testigo de algunos éxitos que deben ser considerados avances en esta dirección:

- a. *Protocolo facultativo sobre DESC*: La adopción del Protocolo Facultativo sobre DESC en el año 2008 incorpora un mecanismo para reclamos individuales que hasta el momento faltaba, con lo cual la responsabilidad por los DESC

quedaba en una posición de cierta desventaja con respecto a los derechos civiles y políticos. Este logro es producto de las implacables campañas de las organizaciones de la sociedad civil (ONU, 2008b).

- b. *Salud pública y aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)*: Las implacables campañas, que incluyeron litigios en países como Brasil y Sudáfrica, llevaron a considerar ciertas normas del acuerdo sobre los ADPIC como una violación de algunos derechos económicos, sociales y culturales (especialmente el derecho a la salud). El Comité DESC, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y otros organismos de derechos humanos aprovecharon el asunto y publicaron documentos oficiales que representan un precedente valioso para objetar las disposiciones sobre propiedad intelectual no sólo en la OMC, sino también en los tratados bilaterales (como en el caso de varios tratados de libre comercio bilaterales, sobre los que el Comité DESC ha emitido declaraciones). A su vez, otros organismos nacionales responsables de la protección de los objetivos de salud o del derecho a la salud, que de no haber existido estos precedentes probablemente no habrían tenido poder para influir sobre estas decisiones, se valieron de estos precedentes para maximizar su impacto, como sucedió en Perú¹⁰ y en Tailandia¹¹. Es cierto que la Declaración de Doha relativa al acuerdo ADPIC y la salud pública concede a los países flexibilidad para limitar la aplicación de las normas comerciales cuando sea necesario para proteger la salud pública. En realidad, se debería haber exigido a los países que limiten la aplicación de las normas comerciales para proteger la salud pública. Por lo tanto, desde el punto de vista de los derechos humanos, éste es sólo un paso en la dirección correcta, pero un paso al fin.
- c. *Evaluaciones del impacto que tiene la Corporación Financiera Internacional (CFI) sobre los derechos humanos*: Después de varios años durante los cuales los aspectos ambiental y social –pero no los derechos humanos *per se*– fueron objeto de las evaluaciones de impacto, la CFI elaboró en 2007 una guía de evaluación del impacto sobre los derechos humanos. El documento tiene una gran influencia de las empresas transnacionales y algunos lo critican calificándolo de ejercicio de relaciones públicas. También es dudoso su valor en la autovigilancia de la CFI u otras compañías. Pero es la primera vez que en una de las instituciones del grupo del Banco Mundial se acepta el concepto de una evaluación del impacto sobre los derechos humanos. Antes, las cuestiones de derechos humanos quedaban marginadas a un segundo plano y eran abordadas en forma selectiva en las evaluaciones de impacto ambiental o social. El hecho de que la CFI sintiera la necesidad de publicar esta guía también es un signo de la seriedad con la que están comenzando a tomarse los reclamos de violaciones de los derechos humanos por empresas financiadas por la CFI (CFI, 2007).
- d. *La adopción de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*: Los Objetivos de Desarrollo del Milenio no están exentos de críticas. Una de las más importantes es que son una versión diluida y debilitada del marco de los derechos humanos, ya que sólo se concentran en objetivos específicos. La indiferencia hacia las políticas económicas necesarias para alcanzar esos objetivos, ante las que

adoptan una postura neutral, también es un punto débil. Sin embargo, desde el punto de vista de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe destacar que incorporan por primera vez números concretos universalmente aceptados como metas para todos los países. Considerando la vaguedad de los conceptos que suelen asociarse con los DESC, como la “efectividad progresiva” y las “obligaciones mínimas”, y la reticencia de los Estados a tomar medidas para aceptar metas numéricas, los ODM, aun cuando se apliquen a ciertos aspectos de algunos derechos, deben ser considerados un elemento de progreso. Al menos, sientan un precedente al demostrar que la movilización de la voluntad política es fundamental para impulsar el progreso en el desarrollo de normas de DESC en lugar de esperar que el proceso se dé a la inversa (o argumentar la falta de normas como excusa para no movilizar la voluntad política). Los ODM, al contener una dimensión que hace referencia al ámbito internacional, arrojan luz sobre el hecho de que el progreso en materia de DESC no sólo depende de los gobiernos nacionales, sino también de otros miembros de la comunidad internacional, que incluyen las organizaciones internacionales¹².

- e. *Desarrollo de normas de derechos humanos que abordan el comercio, las finanzas y las inversiones:* En este ámbito el movimiento también ha registrado algunos éxitos, como las Observaciones Generales del Comité DESC y los criterios para las asociaciones para el desarrollo elaborados por el Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo¹³. Todos estos documentos conforman un cuerpo de normas e interpretaciones que son herramientas útiles para los activistas, las organizaciones, los investigadores y las autoridades nacionales e internacionales a cargo de tomar decisiones en materia de normas y políticas económicas. Por supuesto, como se mencionó anteriormente en este artículo, queda en duda si los organismos con competencia en la política económica, con capacidad de hecho para influir en la implementación de los derechos humanos, están dispuestos a tomar seriamente en cuenta dichas normas en sus decisiones. Pero esto no debe restar importancia al hecho de que el desarrollo de normas y estándares para los cambios previstos en la práctica son un primer paso en toda actividad de defensa de los derechos. Es por esta razón que las Normas de la ONU sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, si bien tuvieron un final desalentador,¹⁴ pueden tomarse como una historia positiva en lo que respecta al desarrollo de estándares.
- f. *Marcado aumento del conocimiento de los aspectos de economía política del comercio, las finanzas y las inversiones por parte de las organizaciones de derechos humanos.* En comparación con diez años atrás, las organizaciones de derechos humanos tienen un enfoque más realista de la responsabilidad compartida de los países desarrollados y en desarrollo en materia de incumplimiento de las obligaciones de derechos humanos debido a la política de comercio, finanzas e inversiones. Esto representa un avance en la comprensión de la dinámica de un mundo más globalizado. Cuanto mejor comprendamos los mecanismos que dan origen a las políticas, más eficaz será la articulación de metas, tácticas y

estrategias para influir en la formulación de la política. Cuanto más eficaces sean esas metas y tácticas, mayor será la eficiencia con que se desplegarán los recursos de la comunidad de la sociedad civil.

4 Tendencias, oportunidades y obstáculos

En esta sección se presentan algunas de las tendencias observables que conformarán el escenario para la futura labor de los defensores de los DESC, junto con algunas reflexiones sobre las oportunidades y los obstáculos que pueden implicar.

¿El retorno a los derechos humanos?

El mundo de la defensa internacional de los derechos tiene sus modas. A la luz de las campañas por los Objetivos de Desarrollo del Milenio, el alivio de la carga de la deuda, la reducción de la pobreza, los “Temas de Singapur”¹⁵, y varias cumbres de fines de la década de los noventa --sobre las mujeres, la población, el desarrollo social, el desarrollo sostenible--, los derechos humanos *per se* en cierto modo han “pasado de moda”. Sin embargo, se está instalando una cierta fatiga en los procesos de seguimiento de las diferentes conferencias internacionales de la década de los noventa y principios del milenio. Hay una notable falta de liderazgo por parte de los gobiernos para abordar los problemas que requieren una acción colectiva, en formas que reconozcan la interconexión cada vez mayor entre las cuestiones de política económica y las de la esfera social y ambiental.

Está volviendo a recaer en la sociedad civil la responsabilidad de generar un nuevo impulso en la lucha internacional por la justicia social y, en este proceso, el marco de los derechos humanos, al ser jurídicamente vinculante y estar avalado por varias convenciones que han sido firmadas por gran cantidad de países, puede volver a ocupar un lugar destacado como marco predeterminado de compromisos al que los gobiernos no pueden evadir y como herramienta movilizadora perpetua para las organizaciones de base.

Detención del proceso de expansión de la liberación económica (OMC, instituciones financieras internacionales): ¿más espacio de políticas?

Los procesos de liberalización y expansión de la globalización, que hasta hace poco parecían imparables, están comenzando a detenerse. Esto abre la oportunidad de reformular y redefinir los paradigmas para la formulación de la política económica. La reducción del tamaño y de la importancia de organizaciones internacionales que han sido objeto de gran atención durante los últimos años (el Banco Mundial, el FMI, la OMC) permite que algunos países recobren cierto “espacio de políticas”. Si bien la actual crisis económica y financiera global significa para varios países un retorno a las limitaciones de la política del FMI, también funciona como una seria advertencia con respecto al modelo de política que vale la pena aceptar a cambio de ayuda financiera.

Queda abierto el interrogante acerca de si las políticas alternativas que elegirán los países que gozan de más espacio de políticas serán compatibles con

los derechos humanos. Por ejemplo, el cese de las conversaciones de la OMC ha aumentado la presión sobre muchos países para firmar acuerdos bilaterales que han demostrado ser mucho más limitantes para los gobiernos nacionales que lo que jamás hayan sido las normas multilaterales. A su vez, la búsqueda de fuentes de financiamiento alternativas, plantea sus propios desafíos, ya sea que se trate de los donantes emergentes como China e India, los mercados financieros internacionales o el sector privado nacional. Todo se suma para conformar un panorama más diverso que altera la lógica de trabajo de las organizaciones de la sociedad civil, que durante largo tiempo se acostumbraron a concentrar su tarea de defensa en las conferencias internacionales y los eventos conducidos por organizaciones internacionales como la OMC o el Banco Mundial (aunque sea sólo para oponerse a dichas organizaciones). Para los defensores de los derechos económicos y sociales, se tornará más evidente la naturaleza fragmentada del movimiento. La creación de coaliciones en el nuevo entorno tendrá que basarse más en los temas y depender menos de la utilización de la oposición a las grandes instituciones globales como marco galvanizante.

Ampliación de la función de la CFI y, en todas las instituciones financieras, financiamiento directo y subvención pública del sector privado.

Al tiempo que el Banco Mundial se enfrenta a menores niveles de otorgamiento de crédito, la CFI muestra un crecimiento sin precedentes. La supervivencia de las áreas de financiamiento del sector público del Banco Mundial depende de un apoyo más amplio a la subvención de las actividades del sector privado en la prestación de servicios, los proyectos de extracción de recursos, etc. Estas tendencias también se observan en la dinámica entre las áreas del sector público y privado de todos los bancos regionales de desarrollo.

Surgimiento de instituciones financieras y comerciales regionales, asociadas a un discurso que incorpora el concepto de justicia social.

El surgimiento de instituciones financieras regionales como el Banco del Sur, por ejemplo, encabezado por la mayoría de los gobiernos de Sudamérica y asociado a cambios políticos en la región que han derivado en gobiernos más progresistas, constituye un ejemplo de esta tendencia. Es una oportunidad de comprobar en la práctica cómo funcionaría un paradigma diferente para el financiamiento del desarrollo pero, como advierten los activistas, también puede ser una versión distinta de lo mismo: nuevos amos con el mismo modelo de desarrollo fracasado, utilizando diferentes medios.

Papel de los nuevos donantes/acreedores.

El creciente papel de prestadores y donantes de los gobiernos del Sur pone a prueba el modelo habitual de “división Norte-Sur” que los defensores tienden a usar en sus análisis. Por un lado, esto contribuye a la falta de preponderancia de las

Instituciones de Bretton Woods y los gobiernos de occidente, y facilita el acceso a financiamientos alternativos, todo lo cual tiene posibles connotaciones positivas. Al mismo tiempo, el historial local de derechos humanos, así como las prácticas de otorgamiento de créditos ya mostradas por algunos de estos nuevos donantes y prestadores, justifican que se deba ser cuidadoso al evaluar el impacto de estas nuevas tendencias sobre los DESC.

Confluencia de las crisis alimentaria, de energía, climática y financiera.

La confluencia de las crisis globales en estas áreas está preparando el terreno para una profunda reevaluación del papel asignado a las fuerzas del mercado durante los últimos veinte años. De hecho, la incapacidad de los mercados para resolver los problemas que la economía ortodoxa ha tratado de minimizar debería servir de impulso a las escuelas heterodoxas, incluyendo la lucha de los defensores de los DESC y repensando enfoques de estos problemas que incorporen los derechos humanos.

5 Recomendaciones

1. El hecho de que los regímenes de comercio, finanzas e inversiones sean fenómenos colectivos que siempre involucran a más de un país significa que es necesario un enfoque colectivo y transnacional para lograr que dichos regímenes respondan a los DESC. Es necesario fortalecer las plataformas que promuevan ese tipo de trabajo colectivo con las organizaciones de derechos humanos interesadas.
2. El concepto de obligaciones extraterritoriales es prometedor y de particular interés para esta esfera (considerando lo antedicho sobre las tendencias transnacionales en el comercio, las finanzas y las inversiones). Los defensores de los DESC deberían hacer más hincapié en este concepto y tratar de definir estrategias sobre la aplicación en casos específicos¹⁶.
3. Se debería prestar más atención a las responsabilidades de derechos humanos de actores no estatales, sin disminuir la obligación del Estado de proteger los derechos humanos para que no sean afectados por terceros. Estas responsabilidades suponen no sólo los casos de violaciones directas, sino también la responsabilidad en actividades de presión que dan forma a las normas jurídicas y los contratos que pueden entrar en conflicto con el derecho internacional de derechos humanos.
4. Es necesario abordar la dimensión del proceso (por ejemplo, cómo se toman las decisiones sobre política económica y derechos humanos) y no sólo la dimensión del contenido (por ejemplo, cuál debería ser el contenido de las decisiones en esa materia). La promoción de foros más adecuados para resolver los conflictos que surjan entre los derechos humanos y las normas/políticas económicas beneficiará a todos los defensores de los DESC y son un claro ejemplo de la acción colectiva, ya que es difícil para las organizaciones individuales tener incentivos para promover la acción en esta esfera.

5. Si bien las alianzas terminarán siendo necesarias, hay una imperiosa necesidad de hacer pleno uso de los recursos de la comunidad de derechos humanos en forma más sinérgica. Estos recursos incluyen, especialmente, movimientos sociales, organizaciones reconocidas de derechos humanos, grandes redes que se han especializado en el enfoque de las cuestiones de comercio, finanzas e inversiones desde el punto de vista de los derechos humanos, y académicos. En este sentido, es fundamental alentar y nutrir los esfuerzos encaminados en esta dirección como la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red-DESC)¹⁷.

REFERENCIAS

- CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS EN MATERIA DE INVERSIONES (CIADI). 1997a. Caso CIADI n.º ARB(AF)/97/1. **Metalclad Corporation c/ Los Estados Unidos Mexicanos**, caso registrado el 13 de enero.
- _____. 1997b. Caso CIADI n.º ARB/97/3. **Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina**, caso registrado el 19 de febrero.
- _____. 2002. Caso CIADI n.º ARB/02/3. **Aguas del Tunari S.A. c/ República de Bolivia**, caso registrado el 25 de febrero.
- _____. 2003a. Caso CIADI n.º ARB/03/19. **Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A c/ República Argentina**, caso registrado el 17 de julio. http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=404862. Visitado el: 03 noviembre 2009.
- _____. 2003b. Caso CIADI n.º ARB/03/30. **Azurix Corp. c/ República Argentina**, caso registrado el 08 de diciembre.
- CENTRO INTERNACIONAL PARA EL COMERCIO Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE. 2008. Costa Rican Court Stalls CAFTA-DR Implementation. **Bridges Weekly Trade News Digest**, Ginebra, vol. 12, n. 31.
- CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL. 2007. **Guide to Human rights Impact Assessment and Management. Road-testing Draft.**: <[http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/AttachmentsByTitle/ref_SocialResponsibility_HRIA_FAQ/\\$FILE/HRIAfaqEnglish.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/AttachmentsByTitle/ref_SocialResponsibility_HRIA_FAQ/$FILE/HRIAfaqEnglish.pdf)>. Visitado el: 03 noviembre 2009
- DERECHOS Y DEMOCRACIA. 2008. **Right to Food in Haiti: Report of an International Fact-Finding Mission.** <http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/globalization/food/right_food_haiti_2008.pdf>. Visitado el: 03 noviembre 2009.
- GAVIRIA DIAZ, Carlos et al. 2009. **El TLC: ¿Es constitucional?**. Bogotá: ILSA - Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- HOWSE, Robert; MUTUA, Makau. 2000. **Protecting Human Rights in the Global Economy: Challenges for the World Trade Organization.** Montreal: Rights & Democracy; International Centre for Human Rights and Democratic Development. p. 11.

- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 1988. **Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Décimo octavo período ordinario de sesiones, 17 de noviembre.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1966. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC]**. U.N. Doc. A/6316, 16 de diciembre.
- _____. 1990. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. **Observación general n.º 3: Naturaleza de las obligaciones de los Estados parte**. U.N. Doc. E/1991/23, párr. 9.
- _____. 2006a. Comité de los Derechos del Niño. **Observaciones Finales sobre Tailandia**. U.N. Doc. CRC/C/THA/CO/2, 17 de marzo.
- _____. 2006b. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). **Derechos humanos y los objetivos del desarrollo del milenio: estableciendo el vínculo**. <http://hurilink.org/Primer-HR-MDGs.pdf>. Visitado el: 03 noviembre 2009.
- _____. 2008a. Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de las políticas de reforma económica y la deuda externa para el goce efectivo de todos los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, Bernards Andrew Nyamwaya Mudho**. U.N. Doc. A/HRC/7/9, séptimo período de sesiones, 01 de febrero.
- _____. 2008b. **Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. U.N. Doc. A/RES/63/117, 10 de diciembre.
- _____. 2008c. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). **Claiming the MDGs: A Human Rights Approach**. http://www2.ohchr.org/SPdocs/Claiming_MDGs_en.pdf. Visitado el: 03 noviembre 2009.
- OVETT, Davinia. 2006. Tratados de Libre comercio (TLC) y derechos humanos: un serio reto para América Latina y el Caribe. **PUENTES**, vol. 7, n.º 1, enero-febrero.
- PROYECTO BRETTON WOODS. 2004. **Parliaments reign in IFIs: International campaign gains momentum**. 21 sept. <<http://www.brettonwoodsproject.org/art-72225>>. Visitado el: 03 noviembre 2009.
- RED INTERNACIONAL PARA LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (RED-DESC). 2006. **"Identified needs", En: Human Rights, Trade and Investment Mapping**, mayo.
- RED DEL TERCER MUNDO. 2007. **Thai Human Rights Commission Criticises FTA with US**. 26 de enero. <http://www.twinside.org.sg/title2/FTAs/info.service/fta.info.service060.htm>. Visitado el: 03 noviembre 2009.
- SUDÁFRICA. 2002. Corte Constitucional de Sudáfrica. Caso CCT 8/02. **Ministro de Salud c/ Campaña de Acción para el Tratamiento**, sentencia dictada el 5 de julio. http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=403050. Visitado el: 03 noviembre 2009.
- VAN GENUGTEN, Willem; HUNT, Paul; MATHEWS, Susan (Ed.) 2003. **World Bank, IMF and Human Rights**. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. p. 247-255.

NOTAS

1. Este artículo ha sido escrito para la Reunión Internacional de Estrategias de Red-DESC en Kenya. El autor agradece a Areli Sandoval, Julieta Rossi, Caroline Dommen y Daria Caliguire por sus valiosos comentarios sobre las versiones previas que han enriquecido este artículo y a Nicholas Lusiani por su colaboración en la investigación. La responsabilidad por los errores es, por supuesto, sólo del autor.
2. Esta formulación, que se halla en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se aplica a todos los derechos contenidos en el Pacto. Se han incluido otras similares en otros instrumentos sobre derechos económicos y sociales, como por ejemplo en el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (mediante el cual las partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo..." , conf. Art. 1). Esto ha generado el concepto de larga data —pero sin duda erróneo— de que las obligaciones respecto de los DESC están formuladas en términos menos contundentes, o más suaves, que las de derechos civiles y políticos. Esto dista de ser cierto, aun cuando cueste más trabajo definir los estándares e indicadores para determinar el incumplimiento, especialmente en casos concretos, cuando se trata de los derechos económicos y sociales.
3. En la actualidad, en general se acepta la idea de que la reducción de la función del Estado puede ser en realidad también una desventaja para su capacidad de adoptar medidas respecto de los derechos civiles y políticos, especialmente para promoverlos y cumplirlos.
4. Véanse las "Necesidades identificadas" en Red-DESC 2006, "Human Rights, Trade and Investment Mapping." (Desde mayo de 2006, en respuesta a las necesidades de desarrollo de la capacidad expresadas por los miembros, y al interés en la defensa y los esfuerzos colectivos, la Secretaría de la Red-DESC inició un mapeo de la labor, experiencia, desafíos y propuestas actuales relacionados con el comercio, las inversiones y los derechos humanos de organizaciones miembro y participantes activos en Latinoamérica, Asia y África. A partir de extensas entrevistas con trece organizaciones, se realizó un análisis y evaluación en febrero de 2007 a fin de priorizar y formular estrategias de áreas de trabajo junto con los participantes del mapeo.)
5. Como ejemplos cabe citar las causas que involucran servicios de agua y cloacas presentadas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) contra la República Argentina por la Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal S.A. (CIADI, 1997b), y por Azurix (CIADI, 2003b); así como por Aguas del Tunari S.A. (controlada por Bechtel) contra Bolivia (CIADI, 2002). También cabe citar el caso de confinamiento de desechos tóxicos, presentado al amparo del capítulo 11 del TLCN o NAFTA por Metalclad contra México (CIADI, 1997a).
6. "La creación de la OMC brinda al mundo una nueva oportunidad de que el artículo XX ocupe su legítimo lugar en el GATT. Para ello, el artículo XX debe ser reinterpretado a la luz de las normas del derecho internacional de derechos humanos. (...) la interpretación de la jurisprudencia de la OMC por parte de los órganos de solución de diferencias no debe contradecir las normas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esto debe incluir 'toda norma de derecho internacional' que se aplique al conflicto" (HOWSE; MUTUA, 2000, p. 11).
7. Dado que esta no es una lista exhaustiva, la omisión de algunos grupos y actividades no implica un juicio de valor sobre su importancia.
8. Hay amplia información sobre las acciones promovidas para cuestionar la constitucionalidad en (Gaviria Diaz, 2009).
9. Véanse varios informes sobre países en los que la organización 3D ha realizado esta labor, publicados en <http://www.3dthree.org/en/page.php?IDpage=23>
10. Véase (OVETT, 2006). Siguiendo las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud de realizar una evaluación del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos, el Ministerio de Salud llevó a cabo una evaluación del impacto del efecto de las normas propuestas en el TLC sobre el costo de los medicamentos en Perú y llegó a la conclusión de que quedarían excluidas del tratamiento 700.000 a 900.000 personas más.
11. Siguiendo las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Tailandia realizó una evaluación del impacto sobre los derechos humanos de un TLC que el gobierno de ese país estaba negociando con los Estados Unidos. Véase (ONU, 2006a) y (RED DEL TERCER MUNDO, 2007).
12. Véase la relación entre los ODM y los derechos humanos, (ONU, 2006b) y (Ídem, 2008c).
13. El Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el Derecho al Desarrollo fue creado en 1998 por resolución de la Comisión de Derechos Humanos (resolución 1998/72). Para obtener información más actualizada sobre el estado del desarrollo de las pautas mencionadas en el texto, véase el 12° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, Informe del Secretario General y del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el derecho al desarrollo, A/HRC/12/29, 23 de julio.

14. Después de varios años en proceso de elaboración, las Normas de la ONU sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos finalmente fueron rechazadas por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en el año 2005. En su lugar, la Comisión recomendó la designación de un Relator Especial con un mandato restringido.

15. “Temas de Singapur” es la forma abreviada de referirse a los intentos de iniciar negociaciones en la Organización Mundial del Comercio sobre inversiones, competencia, compras públicas y facilitación del comercio. Estos temas fueron incorporados al programa de trabajo de la OMC en la Conferencia Ministerial de Singapur de la OMC de 1996. Bajo la fuerte presión de los países desarrollados para iniciar negociaciones a toda máquina, los países en desarrollo se retiraron de la Conferencia Ministerial de la OMC en Cancún en 2003 y, como resultado, los temas fueron eliminados del programa de trabajo de la OMC, con excepción de la facilitación del comercio (el tema de las compras públicas también está incluido en algunos procesos actuales de la OMC, en forma parcial, pero no como proceso de negociación independiente).

16. Cabe mencionar la labor del Consorcio sobre las Obligaciones Extraterritoriales, una red de unas 30 ONG, universidades y personas de diferentes partes del mundo que están preparando un “documento de principios” sobre las obligaciones extraterritoriales de los estados respecto de los derechos económicos, sociales y culturales. La Secretaría Internacional de FIAN funciona como secretaria del comité directivo del Consorcio integrado por Abo Akademi, Brot für die Welt, la Comisión Internacional de Juristas, y las universidades de Lancaster, Maastricht, Carolina del Norte.

17. El mandato general de la Red-DESC es fortalecer los derechos económicos, sociales y culturales trabajando con organizaciones y activistas de todo el mundo, facilitar el aprendizaje mutuo y el intercambio de estrategias, desarrollar nuevas herramientas y recursos, participar en tareas de defensa y fomentar el intercambio de información y la creación de redes. Pero es digno de destacar su aporte a la situación preexistente para la conexión de grupos que trabajan en el comercio, las finanzas y las inversiones desde el punto de vista de los derechos humanos. Desde su fundación ha favorecido los debates sobre temas de interés para esta comunidad, sobre las nuevas circunstancias que requerían una respuesta, etc. Asimismo, ha procurado con éxito atraer no sólo a ONG sino también a académicos y movimientos sociales.

ABSTRACT

The emergence of trade, finance and investment policy as priorities for those engaged in promoting the respect and defense of economic and social rights has to do with the increasing realization that, in the struggle to promote those rights, such policies cannot be ignored or abstracted as a separate field. The human rights paradigm as shaped by post-World War II developments which relies on the responsibility of state actors is complemented by economic aspects of globalization, e.g. the rise of international trade and financial flows across borders, deregulation, privatization and the reduction of the role of the state, culminating in an eroding capacity of states to take active measures required to respect, protect and fulfill human rights in their territorial jurisdiction. On the other hand, international organizations such as the World Trade Organization, the World Bank and the International Monetary Fund have increased their influence on the capacity of states to implement human rights obligations. This paper seeks to fulfill several aims. Based on an overview of trends posed by the intersection of trade, investment and financial policies and human rights, the rich landscape of strategies and activities for human rights advocates will be presented. Before formulating some recommendations in the last chapter, the success stories and future trends, including opportunities and obstacles will be looked at.

KEYWORDS

Human Rights – Economic and social rights – Globalization – Human rights advocacy

RESUMO

O fato de as políticas de comércio, financiamento e investimento se tornarem prioridades para aqueles que estão comprometidos com promover o respeito e a defesa dos direitos econômicos e sociais tem a ver com a percepção crescente de que, na luta em defesa desses direitos, essas políticas não podem ser ignoradas ou abstraídas como se fossem um campo separado. O paradigma dos direitos humanos tal como moldado pelos eventos posteriores à Segunda Guerra Mundial, que se baseia na responsabilidade dos atores estatais, complementa-se com os aspectos econômicos da globalização como, por exemplo, a ascensão do comércio internacional e dos fluxos financeiros transnacionais, a desregulamentação, a privatização e a redução do papel do Estado, culminando com o desgaste da capacidade destes de tomar as medidas ativas exigidas para respeitar, proteger e fazer cumprir os direitos humanos em suas jurisdições territoriais. Por outro lado, organismos internacionais como a Organização Mundial do Comércio, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional aumentaram sua influência sobre a capacidade dos Estados de implementar as obrigações relacionadas com os direitos humanos. Este artigo atende a vários objetivos. Com base numa visão geral das tendências apresentadas pela interseção das políticas de comércio, investimento e financiamento com os direitos humanos, apresentaremos um rico panorama de estratégias e atividades para os defensores de direitos humanos. Antes de formular algumas recomendações no último capítulo, examinaremos algumas histórias de êxito e tendências futuras, inclusive oportunidades e obstáculos.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos humanos – Direitos econômicos e sociais – Globalização – Defesa dos direitos humanos.



PATRICIA FEENEY

Patricia Feeney es la Directora Ejecutiva de *Rights and Accountability in Development*, una ONG británica que lleva a cabo investigaciones sobre *accountability* empresarial, derechos humanos e industrias extractivas. Feeney es investigadora asociada de la Universidad de Oxford, donde imparte clases a estudiantes de postgrado. Es fundadora de *OCDE Watch*, una red creada para monitorear la implementación de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Es autora de numerosos informes y artículos, incluyendo *Accountable Aid* (Oxfam Publications, Oxford, 1988).

Email: tricia.feeney@raid-uk.org

RESUMEN

Durante los últimos 40 años, la Organización de Naciones Unidas ha llevado a cabo varios intentos de elaborar estándares globales que permitan hacer responsables a las empresas por su participación en violaciones de derechos humanos. Este artículo describe la creciente toma de conciencia sobre las violaciones de derechos humanos vinculadas a las empresas y las limitaciones que ofrece el enfoque tradicional centrado en el Estado, al momento de regular la conducta de las empresas en la era de la globalización. Reflexiona sobre las razones del decaimiento del Proyecto de Normas de la ONU sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales, y evalúa las fortalezas y debilidades del Marco “Proteger, Respetar y Remediar” adoptado por el Consejo de Derechos Humanos el año 2008. El artículo concluye con la advertencia de que a menos que sean atendidas las demandas por estándares globales y por un recurso efectivo para los afectados por malas prácticas empresariales, lo único seguro es que se intensificará la presión para un cambio.

Original en inglés. Traducido por Alia Trabucco Zerán.

Recibido en octubre de 2009. Aceptado en noviembre de 2009.

PALABRAS CLAVE

Empresas y derechos humanos – Normas de Naciones Unidas – Responsabilidad/*Accountability* de las empresas.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en www.revistasur.org.

EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: LA LUCHA POR LA RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA ONU Y EL RUMBO FUTURO DE LA AGENDA DE INCIDENCIA

Patricia Feeney

1 Introducción

Este artículo describe los diversos intentos llevados a cabo en el ámbito de las Naciones Unidas (ONU) durante los últimos 40 años, para elaborar estándares internacionales que responsabilicen a las empresas por su participación en violaciones de derechos humanos. Sostiene que la agenda de *advocacy* sobre empresas y derechos humanos se consolidó debido a: (i) la creciente conciencia sobre las potenciales obligaciones de derechos humanos de actores no-estatales; (ii) el creciente reconocimiento de derechos económicos y sociales; y (iii) campañas realizadas fuera del sistema de las Naciones Unidas en contra del carácter destructivo de grandes proyectos de desarrollo, que facilitaron la aparición de nuevas formas de hacer responsables a instituciones financieras por daños sociales y medioambientales. El artículo examina las diferentes iniciativas propuestas por la ONU para monitorear y regular a las empresas, junto con la reacción que estos esfuerzos provocaron por parte de grupos de empresariales y gobiernos, deseosos de proteger sus propios intereses económicos. El proyecto de Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1983 -en adelante, “las Normas”) fue un intento de hacer frente a la insuficiencia del tradicional enfoque centrado en el Estado para regular el comportamiento empresarial en la era de la globalización (Naciones Unidas, 2006, párr. 11). El artículo posteriormente da una mirada crítica pero constructiva al mandato del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (RESG). Concluye con una evaluación del estatus del actual debate sobre empresa y derechos humanos y ofrece un punto de vista sobre el rumbo futuro de la agenda de *advocacy* sobre *accountability* de las empresas.

Ver las notas del texto a partir de la página 192.

2 Primeros desarrollos: desde los años 70 hasta los 90.

Las preocupaciones por el impacto provocado por poderosos intereses comerciales en las vidas y entornos de las personas no son nuevas. La lucha por restringir y controlar a los actores económicos es de larga data. A principios de la década de 1970, las revelaciones sobre actividades ilegales y poco éticas cometidas en gran escala por empresas multinacionales generaron demandas de regulación internacional de las empresas. Dos de los incidentes más conocidos fue la participación del ITT y de otras empresas norteamericanas en el golpe militar de 1973 en Chile y los sobornos pagados por la empresa Lockheed a funcionarios japoneses para obtener contratos militares (SALZMAN, 2005; EUA, 1975). En la década de 1970 y 1980, el activismo dirigido a los actores empresariales a menudo adoptó la forma de boicots, particularmente a las empresas y bancos que proveían de ayuda económica al régimen del Apartheid en Sudáfrica. Las empresas que suministraban equipamiento militar a los regímenes involucrados en violaciones sistemáticas de derechos humanos también fueron blancos del activismo durante este período (HANLON, 1990).

En respuesta a la creciente inquietud pública sobre el papel de las empresas respecto de los derechos humanos, la ONU se convirtió en el foco natural de los esfuerzos destinados a fortalecer la *accountability* de los actores empresariales en la década de 1970. La Comisión de Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas, por ejemplo, fue creada en 1973 para investigar los efectos de las empresas transnacionales (ETNs) y fortalecer la capacidad negociadora de los países donde éstas operan (JERBI, 2009). El subsecuente Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para ETNs (NACIONES UNIDAS, 1983) fue el primer intento de proporcionar directrices sociales y medioambientales globales para las empresas transnacionales¹. Sin embargo, el proceso de elaboración de este Código de Conducta de Naciones Unidas enfrentó una dura resistencia de parte de gobiernos poderosos del norte, donde muchas ETNs tenían sus sedes. A pesar del apoyo de muchos gobiernos en el sur global, el Proyecto de Código de Conducta de la ONU fue primero marginado y posteriormente abandonado².

Los países ricos, temiendo el surgimiento de una iniciativa global de la ONU para regular a las empresas, se dirigieron a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para una solución. En 1975, se creó el Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales para estudiar la posibilidad de establecer códigos de conducta para ETNs (SALZMAN, 2005). La OCDE quería, en primer lugar y ante todo, proteger a los inversionistas internacionales de la discriminación y expropiación por parte de los gobiernos de los países de acogida. Así, en 1976, surgieron las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, como parte de la “Declaración y Decisión sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales” (SALZMAN, 2005). Si bien estas directrices incorporaron algunos derechos laborales, no hacían referencia explícita a otros derechos humanos. Las Directrices fueron percibidas como una concesión simbólica ante las preocupaciones de la sociedad civil sobre el poder de

las multinacionales y este instrumento, que sufrió varias revisiones, fue escasamente utilizado durante dos décadas (SALZMAN, 2005).

En 1977, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (OIT, 1977), que insta a las empresas a respetar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las convenciones internacionales de derechos humanos correspondientes. Aunque no es jurídicamente vinculante y se concentra específicamente en los derechos de los trabajadores, esta Declaración estableció un mecanismo a través del cual los grupos de la sociedad civil, en cooperación con los sindicatos, pueden presentar reclamos ante el abuso empresarial³.

Durante la década de 1980, las campañas de la sociedad civil denunciaron el perjudicial papel desempeñado por el Banco Mundial al apoyar grandes proyectos de desarrollo en muchos países de bajos ingresos, los que generaban destrucción medioambiental y menoscabo de derechos humanos. Las campañas en contra de mega proyectos como la Represa de Narmada en la India y Polonoroeste en Brasil exhibieron las múltiples fallas del Banco Mundial para sacar a las personas de la pobreza, defender los derechos de los pueblos indígenas y proteger el medioambiente (RICH, 1995). Los programas de ajuste estructural y la reducción de los flujos de cooperación durante este período también contribuyeron a la difícil apertura de las economías de los países en desarrollo a la inversión extranjera. A su vez, las ONGs empezaron a desarrollar críticas cada vez más sofisticadas a las políticas macroeconómicas del FMI y del Banco Mundial. En respuesta a estas presiones, fue creado el Panel de Inspección del Banco Mundial, el que ofreció un nuevo, aunque limitado, método para hacer responsable a poderosos agentes económicos internacionales (FEENEY, 1998). Asimismo, ofreció un modelo que podría ser replicado respecto del sector privado.

No obstante, durante la década de 1980 y 1990, el tamaño y el poder de las ETNs crecieron exponencialmente (ONU, 2007b) y aumentaron las sospechas de que los intereses empresariales globales estaban siendo promovidos al interior de diversos órganos intergubernamentales por sobre los derechos de los ciudadanos comunes. La conciencia pública sobre las precarias condiciones laborales en fábricas explotadoras, impulsó piquetes al exterior de algunas tiendas comerciales. En 1995, el activista de derechos humanos Ken Saro-Wiwa junto con otras ocho personas fueron ejecutados luego de un juicio injusto llevado a cabo como represalia por sus protestas en contra de Shell en Nigeria. Los últimos años de la década de 1990 fueron testigos de protestas generalizadas, encarnadas en Seattle en 1999 en una marcha de 100.000 personas manifestándose en contra de la Organización Mundial de Comercio (OMC), percibida por los activistas como un organismo creado para incrementar la movilidad y el poder de las empresas a nivel global. Todo esto ocurrió en un contexto de aumento de los litigios a nivel doméstico -especialmente en tribunales de los Estados Unidos y Europa- en contra de empresas acusadas de cometer directamente violaciones de derechos humanos o de ser cómplices en violaciones de derechos humanos cometidas por los Estados de acogida (CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, 2002).

Estas luchas por obtener *accountability* de las empresas a través de tribunales nacionales, organizaciones internacionales y de las propias empresas, fueron acompañadas durante los años 90 de una serie de Cumbres y conferencias de las Naciones Unidas, que fortalecieron los vínculos entre las ONGs y los movimientos sociales e influyeron en el ambiente para que este tema progresara. Las más importantes fueron la Cumbre Mundial de Río de Janeiro (1992), la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) y la Conferencia sobre la Mujer (Beijing, 2006). En estas conferencias, las divisiones entre activistas de derechos humanos, ambientalistas y activistas del desarrollo comenzaron gradualmente a desaparecer a medida que se formaron nuevas alianzas.

En este período, otros muros fueron también derribados. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, por su parte, reconoció que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y que están interrelacionados. Antes de Viena, la mayoría de las organizaciones de derechos humanos en el norte privilegiaban los derechos civiles y políticos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran ignorados y marginados. Viena, contribuyó a restablecer el equilibrio. La comunidad de derechos humanos se enfrentó al reto de ‘superar las viejas certezas’ y reconsiderar la presunción de que el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales inevitablemente socavaría el estatus de los derechos civiles y políticos (ALSTON, 1994). En este contexto, las ONGs y los pueblos indígenas vociferaron en Viena su visión sobre la ‘peligrosa industrialización’ y los ‘dañinos proyectos de desarrollo’ y reprocharon el negativo impacto de varios de los primeros acuerdos de libre comercio (ALSTON, 1994). En Viena hubo también llamados a reformar las instituciones financieras internacionales y a terminar con las políticas de ajuste estructural que erosionaban las capacidades y recursos de los Estados de gran parte del mundo en desarrollo, con ‘consecuencias particularmente severas y discriminatorias sobre las mujeres’ (CLAPHAM, 2006). Así, si bien las cumbres y conferencias de Naciones Unidas durante todo este período no pusieron especial hincapié en la *accountability* de las empresas, sí ayudaron a promover una nueva sensibilidad sobre desarrollo y derechos humanos. El movimiento por los derechos humanos de las mujeres y la equidad de género también desempeñó un papel cada vez más protagónico en estos debates y ayudó a promover el concepto de responsabilidad de los agentes privados en violaciones de derechos humanos⁴.

Para enfrentar este escenario de creciente movilización y descontento surgieron tres iniciativas, cada una con sus propios estándares y modalidades. Estas fueron el Pacto Mundial de Naciones Unidas, las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y las Normas de la ONU.

En 1999, el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan lanzó el Pacto Mundial de Naciones Unidas, descrito como una iniciativa de aprendizaje voluntario orientada a uniformar las operaciones de negocios en base a diez principios en materia de derechos humanos, trabajo, medio ambiente y lucha contra la corrupción. Sin embargo, como muchas otras iniciativas de responsabilidad social empresarial, el Pacto Mundial carecía de un mecanismo para hacer exigibles estos principios y, por lo tanto, fue considerado por muchos de la sociedad civil como

insuficiente en sí mismo para poner fin a los alarmantes niveles de impunidad de que gozaban las ETNs (TEITELBAUM, 2007).

A finales de la década de 1990, las campañas denunciando problemas de derechos humanos en el sector textil, de vestuario y en las industrias extractivas, generaron un vertiginoso número de códigos de conducta a nivel industrial y en las empresas privadas. Esto condujo a nuevas demandas por estándares globales que establecieran un referente común para las conductas empresariales respecto de los derechos humanos. En 1998, las ONGs y los sindicatos ayudaron a derribar los planes de los gobiernos miembros de la OCDE que pretendían crear un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), el que era percibido como un intento por promover los intereses de los inversionistas extranjeros por encima de las prioridades y necesidades de desarrollo de los países de bajos ingresos (SALZMAN, 2005). Afectados por la debacle del AMI y temerosos de una creciente ola de protestas antiglobalización, estos gobiernos se embarcaron en una importante revisión de las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales, en la que por primera vez se permitió la participación de las ONGs. El nuevo texto, presentado en junio del 2000, incluyó una referencia explícita a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Los procedimientos de implementación fueron reformados para permitir que las ONGs y otros organismos pudieran entablar reclamos ante los gobiernos de acogida por mala conducta de las empresas, incluyendo actos ocurridos fuera de los territorios de la OCDE. La lucha por la *accountability* parecía ir ganando terreno.

3 La lucha por estándares universales de derechos humanos: Las Normas de la ONU sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos

Este ambiente de crecientes demandas para establecer controles significativos a las prácticas empresariales abusivas, también generó esfuerzos en la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, un organismo consultivo de expertos de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (esta última actualmente conocida como Consejo de Derechos Humanos). Esta Subcomisión se abocó al desarrollo de un proyecto de instrumento internacional basado en el derecho internacional de los derechos humanos que fortaleciera la *accountability* de las empresas. En el año 2003, luego de cuatro años de discusiones y consultas, la Subcomisión aprobó las 'Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos' (Normas) (ONU, 2003).

En su núcleo, estas Normas consagraron y articularon cuatro principios generales: que si bien los Estados eran los principales titulares de obligaciones, los actores empresariales también tienen responsabilidades en virtud del derecho internacional de los derechos humanos; estas responsabilidades se aplican universalmente y cubren una amplia gama de derechos; los gobiernos deben tomar medidas para proteger a las personas de abusos de las empresas; y que el carácter transnacional del problema exige que haya un control del comportamiento de las

empresas y mecanismos de exigibilidad que traspasen las fronteras nacionales, para así garantizar que las empresas cumplan con las Normas y otras legislaciones nacionales e internacionales, al operar fuera de sus fronteras.

En general, la sociedad civil apoyó firmemente las Normas, con la esperanza de que sus ideas centrales eventualmente constituyeran las bases para la elaboración de una legislación internacional vinculante (RED-DESC, 2005). La reacción de las empresas, sin embargo, fue en gran medida hostil. Las Normas se transformaron rápidamente en un foco para el contra-*lobby*, encabezado por varias asociaciones empresariales. Junto con las empresas, muchos gobiernos también objetaron el documento.

Los opositores de las Normas presentaron varias críticas de fondo. Algunos sostuvieron que las Normas no distinguieron con claridad entre las obligaciones de derechos humanos de los Estados y las responsabilidades de las empresas. Otros afirmaron que el derecho internacional de los derechos humanos sólo podía ser directamente aplicable a los Estados, rechazando así la idea de que las empresas tienen obligaciones de derechos humanos. La Comisión, por su parte, expresó que si bien las Normas contenían “elementos e ideas útiles”, por tratarse de un proyecto no tenía valor jurídico (ONU, 2004). Para hacer avanzar el proceso se solicitó a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) que realizara una consulta amplia para elaborar un informe que examinara el alcance y estatus jurídico de las iniciativas y estándares existentes, incluidas las Normas (ONU, 2004). Para ese momento, sin embargo, el debate ya se había polarizado.

En 2005, a pesar del intenso *lobby* y de varias presentaciones favorables -incluyendo el informe de la OACDH, que promovió una revisión de las Normas- la Comisión no mencionó expresamente a las Normas e hizo un llamado al Secretario General para que nombrara un Representante Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas (ONU, 2005a, párr. 2). El rápido abandono de las Normas por parte de la Comisión, las llevó efectivamente a la misma suerte ya sufrida por el Proyecto de Código de Conducta para ETNs. La falta de voluntad política para adoptar un instrumento verdaderamente global sobre empresa y derechos humanos significó un retroceso para el movimiento por la *accountability* de las empresas. Sin embargo, como señaló un destacado analista, las Normas sí jugaron un importante papel en la configuración del debate:

Ya sea que las Normas sean adoptadas o no..., se ha establecido el escenario para la elaboración de un marco normativo que establezca el significado de las obligaciones de derechos humanos de las empresas. Cualquier ejercicio en este sentido no sólo tendrá que revisar el terreno cubierto por las Normas, sino también examinar cómo el orden jurídico internacional se ha desarrollado más allá de una exclusiva preocupación por los agentes estatales (CLAPHAM, 2006, p. 237)

Así, pese a las controversias sobre el contenido específico y el estatus jurídico de las Normas, la iniciativa sirvió a un importante propósito para el reconocimiento cada vez más compartido de que las empresas tienen responsabilidades respecto

de todos los derechos humanos en todas partes, de que los gobiernos nacionales deben actuar para proteger a las personas de los abusos empresariales y que son necesarios mecanismos extraterritoriales y globales de monitoreo y exigibilidad. En este sentido, el desarrollo y promoción de las Normas de Naciones Unidas sentó las bases para futuros avances en la prevención de violaciones de derechos humanos vinculadas a las empresas y en su responsabilidad de rendir cuentas.

4 El Representante Especial del Secretario General sobre los Derechos Humanos y las Empresas

En 2005, el profesor John Ruggie⁵, ex asesor jefe de planificación estratégica de Kofi Annan, fue nombrado Representante Especial sobre los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales (RESG). Anteriormente, había estado involucrado en la creación del Pacto Mundial de Naciones Unidas y en la redacción de la Declaración del Milenio. A diferencia de los mandatos de otros Relatores Especiales de la ONU, que habitualmente exigen visitas a los países y compromiso con las personas directamente afectadas, la labor del RESG fue limitada a “trabajo de escritorio”⁶. El mandato, pese al *lobby* de la sociedad civil, no exigió en ese entonces que el RESG examinara situaciones específicas de abusos empresariales (ONU, 2005a). Por lo tanto, desde un principio, el mandato marginó a los individuos y comunidades afectados directamente por abusos de las empresas, privándolos así de una voz en el debate. Sin embargo, en su primer informe, el nuevo RESG advirtió la necesidad de tener en cuenta los problemas inherentes a la globalización y de contar con mecanismos para reducir la probabilidad de mala conducta por parte de las empresas.

En un movimiento que pareció estar calculado para atraer a los grupos empresariales pero que provocó el alejamiento de muchas ONGs, el RESG rápidamente dio por clausurados futuros debates sobre las Normas, insistiendo en que éstas eran tan profundamente defectuosas que nada podía ser rescatado (ONU, 2006, párr. 69). No obstante, como fue señalado por analistas en aquel momento, este total rechazo de todos los aspectos de las Normas tuvo poco sentido, ya que partes del documento simplemente reafirmaban principios jurídicos internacionales ya aplicables a las empresas respecto de los derechos humanos. (KINLEY; CHAMBERS, 2006). Sin embargo, el RESG dejó en claro que consideraba el proyecto de Normas de la ONU como muerto, basándose para ello en dos críticas: que las Normas implicaban el objetivo de inventar una nueva rama en el derecho internacional que fuera directamente aplicable a las empresas; y que las Normas definían incorrectamente las obligaciones de Estados y empresas, respectivamente (ONU, 2006).

El informe provisional del RESG del año 2006 concluyó, con todo, que persistía la necesidad de un conjunto común de estándares internacionales exigibles que articularan las responsabilidades en derechos humanos de las empresas. Las ONGs más importantes, en una reacción por escrito al informe provisional, señalaron que las Normas, independientemente de sus supuestos defectos, tenían “potencial y deberían haber sido apoyadas como un primer paso viable para el

establecimiento de un marco jurídico internacional a través del cual pudiera hacerse responsables a las empresas por las violaciones de derechos humanos causadas por ellas o en que ellas fueran cómplices”. Las ONGs enfatizaron la necesidad de elaborar estándares de derechos humanos para las empresas que fueran más allá del marco existente y del *status quo*, y que evitaran el riesgo de alcanzar acuerdos que meramente reflejaran un “mínimo común denominador”. Las ONGs también criticaron lo que consideraron como una incapacidad del RESG de identificar la insuficiencia de los estándares y mecanismos de carácter voluntario (RED-DESC, 2006). Es posible afirmar que el problema clave de este informe fue que pareció estar más preocupado por los “desafíos de los derechos humanos” que enfrentaban las empresas, en lugar de las violaciones de derechos humanos enfrentadas por las víctimas.

Si bien para muchas ONGs el restrictivo mandato otorgado al RESG pareció ser un retroceso en lugar de un progreso hacia la *accountability* de las empresas, otros vieron el enfoque adoptado por el RESG como esencial para lograr el apoyo de la comunidad empresarial y así superar la reticencia de los gobiernos (JERBI, 2009). El equilibrio entre los intereses empresariales y las necesidades de las personas afectadas fue levemente restaurado en el informe del año 2007, el que fue descrito como un “ejercicio de rastreo” para identificar los estándares e instrumentos existentes y las recomendaciones de los órganos de tratados en el área de *accountability* y responsabilidad de las empresas (ONU, 2007a). El informe reconoció que la expansión de los mercados y el alcance transnacional de las empresas no había ido de la mano de un aumento en la protección de los individuos y comunidades que sufrían violaciones de derechos humanos vinculadas a las empresas.

Claramente, existe un desajuste institucional más esencial entre el alcance e impacto de las fuerzas y actores económicos, por un lado, y la capacidad de las sociedades para manejar las consecuencias negativas de éstos, por otro. Este desajuste genera un ambiente permisivo en el que las empresas pueden cometer actos reprochables sin la debida sanción o reparación. Por el bien de las víctimas de estos abusos y para que la globalización se mantenga como una fuerza positiva, esta situación debe ser remediada (ONU, 2007a, párr. 3).

El informe también destacó la incapacidad o falta de voluntad de muchos Estados para ofrecer protección contra el abuso empresarial. Pero nuevamente -con la excepción de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales- el RESG formuló pocas críticas a iniciativas voluntarias o de intereses múltiples, como los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos, que él pareció respaldar y alentar (ONU, 2007a, párr.18). Dentro de la sociedad civil, muchos instaron al RESG a que dirigiera su atención a las víctimas, realizara consultas más amplias con ellas y reflejara apropiadamente los resultados de las reuniones con los grupos afectados. También hubo grupos que instaron al RESG a analizar las razones tras el fracaso de los Estados en cumplir con su deber de proteger a las personas contra el abuso empresarial y a que creara conciencia sobre la imperiosa necesidad de establecer estándares globales sobre empresas y derechos humanos, para así fortalecer

la protección de estos derechos y proporcionar un marco común para hacer frente a las conductas empresariales (RED-DESC, 2007).

En su informe del 2008 “Proteger, Respetar y Remediar: Un Marco para las Actividades Empresariales y los Derechos Humanos”, el RESG diseñó un marco conceptual de tres partes: (i) los Estados tienen el deber de proteger a las personas contra violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, incluidas las empresas, a través de políticas, normativas y procedimientos de resolución judicial apropiados; (ii) las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, la que en esencia fue entendida por el RESG como el control del riesgo de causar perjuicios a los derechos humanos con miras a evitarlo; y (iii) las víctimas requieren un mayor acceso a recursos efectivos, incluyendo mecanismos de reclamación no-judiciales (ONU, 2008b). Este marco general fue bien recibido por asociaciones empresariales, gobiernos y muchos grupos de la sociedad civil, quienes apreciaron el hecho que se hubieran reunido muchas de las conclusiones que los órganos expertos y los defensores de derechos humanos habían expresado con anterioridad.

5 Temas emergentes para el debate dentro del mandato 2009-2011 del RESG

En junio de 2008, el Consejo de Derechos Humanos prorrogó el mandato del RESG por otros tres años y le solicitó “hacer operativo” el marco, proporcionando orientaciones concretas y recomendaciones para los Estados y las empresas (ONU, 2008a). El RESG ha establecido sus prioridades y ha dejado en claro que sus recomendaciones definitivas serán realizadas el 2011, al final de su mandato (ONU, 2008c).

Estas recomendaciones tienen el potencial de definir el enfoque que adoptará la ONU en los próximos años sobre *accountability* de las empresas. Si bien una parte valiosa del trabajo sobre *accountability* de las empresas puede lograrse de mejor manera fuera del alcance de este mandato, el actual contexto abre un espacio -pequeño pero importante- para que los grupos puedan identificar y priorizar ciertos temas para un debate más profundo y una acción más extendida, ofrecer sugerencias cuando crean que el trabajo del RESG podría conducir a resultados importantes y formular críticas cuando estén preocupados por la dirección que el RESG esté tomando (RED-DESC, 2009).

6 El rumbo futuro de la agenda de *advocacy* sobre *accountability* de las empresas en la ONU

A pesar de estos potenciales nuevos espacios, tras una década de intentos fallidos y permanentes debates no está claro que la ONU esté más cerca de desarrollar estándares apropiados y exigibles para las empresas en relación a los derechos humanos. De hecho, es posible que se haya perdido para un futuro inmediato la oportunidad de alcanzar un acuerdo sobre un instrumento no vinculante que contenga estándares globales sobre empresa y derechos humanos. Tras el

casi total colapso del sistema financiero mundial, las economías emergentes de China e India están ahora, si es posible, menos abiertas a ser persuadidas de lo que estaban en 2004. Parece inevitable que alternativas voluntarias *ad hoc* continúen siendo propuestas como medios para llenar el vacío de protección. Este ya es el caso de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP), las que a primera vista son una omisión evidente en el plan de trabajo del RESG, dada la función pública que ellas cumplen y su falta de *accountability* ante el derecho internacional humanitario y de derechos humanos. De acuerdo con el *International Peace Institute*:

*Debido a la ausencia del apoyo necesario (político y material) requerido por la ONU para convertirse en el foro principal donde los Estados elaboren una normativa más detallada, los esfuerzos más significativos para mejorar la implementación y exigibilidad de los estándares en la industria de seguridad mundial, se están produciendo actualmente fuera de las Naciones Unidas (COCKAYNE et al, 2009, p. 53)*⁷.

El enfoque adoptado por el RESG -que ha sido criticado por las ONGs por ser excesivamente conservador- puede atribuirse algunos logros, entre ellos, como lo señaló el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la afirmación hecha por el Consejo de Derechos Humanos de que ‘las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos’ (resolución 8/7). Esto establece “un nuevo y claro punto de referencia y representa un hito importante en la cambiante comprensión que existe en nuestras sociedades sobre los derechos humanos” (PILLAY, 2009). Sin embargo, los gobiernos de la OCDE continúan cautelosos sobre las implicancias del análisis del RESG sobre la obligación del Estado bajo el derecho internacional de proteger a las personas contra violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales, a pesar de que se espera que inicien durante el 2010 una revisión de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Por su parte, organismos industriales como el Consejo Internacional de Minería y Metales, también han respondido con entusiasmo al llamado del RESG a elaborar evaluaciones de impacto de derechos humanos y mecanismos de queja a nivel empresarial (CONSEJO INTERNACIONAL DE MINERÍA Y METAL, 2008).

En su informe del año 2008, el RESG se refirió a la incompleta y defectuosa “mezcla de mecanismos” que existe hoy para garantizar que las personas y comunidades afectadas por abusos empresariales tengan acceso a un recurso (ONU, 2008b, párr. 87). En el año 2009, reiteró el deber del Estado de “investigar, castigar y reparar” tales abusos “dentro de su territorio y/o jurisdicción.” (ONU, 2009, párr. 87). Pero a menos que los gobiernos demuestren una mayor disposición a usar su poder para reafirmar su papel regulador, es poco probable que hayan avances en el ejercicio de su jurisdicción extraterritorial para terminar con la impunidad de que gozan agentes privados abusivos. Las ONGs continúan escépticas sobre la real efectividad de solicitar a las empresas que reduzcan su riesgo de ser cómplices en violaciones de derechos

humanos –especialmente en zonas de conflicto- haciendo mejoras en sus niveles de diligencia. A menos que estas medidas, como fue destacado por el caso *Global Witness v. Afrimex* (UNITED KINGDOM NATIONAL CONTACT POINT FOR THE OECD GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES, 2008), vayan acompañadas de un riguroso mecanismo de exigibilidad en caso de incumplimiento, tendrán poco efecto en la conducta de las empresas.

Aún puede ser demasiado pronto para predecir, pero el legado más tangible del RESG puede ser la aclaración conceptual conseguida por medio del marco de Respeto, Protección y Remedio, junto con el segundo pilar de su marco. El profesor Ruggie está desarrollando un conjunto de principios rectores sobre la responsabilidad empresarial de respetar y otras medidas de *accountability* relacionadas, conjunto que, a diferencia de las Normas, él considera que debe elaborar por mandato explícito del Consejo de Derechos Humanos (ONU, 2008c, párr. 2). Pero ante la ausencia de un cambio importante en la actitud y comportamiento de los gobiernos hacia una regulación efectiva de las empresas en el país y en el extranjero, y sin un marco jurídico internacional preciso y mecanismos de exigibilidad, no está claro cómo las empresas van a ser llamadas a rendir cuentas si no cumplen con sus responsabilidades de derechos humanos. Como mucho, el fracaso de estos mecanismos ‘sujetará las empresas a los tribunales de la opinión pública’ (ONU, 2008c, párr. 2). Algunos expertos (JERBI, 2009) destacan que el RESG haya convocado a un ‘grupo de liderazgo global’ para que lo asesore, haciéndose eco de la forma como Francis Deng, un anterior Representante Especial, había elaborado los aclamados Principios Rectores de Aplicados a los desplazamientos internos. Pero el conocimiento de primera mano logrado por Deng acerca de los Desplazamientos Internos y los contextos específicos de países como Sudán y Colombia –que dieron origen a desplazamientos masivos- proporcionaron a su trabajo de un alto grado de credibilidad. No está claro si un grupo de liderazgo global podrá ayudar al RESG a superar la falta de credibilidad que se deriva de su escaso contacto personal con los individuos y comunidades afectados por abusos de las empresas y de su falta de conocimiento directo de las circunstancias en que ellos ocurren. Otra preocupación de los defensores de derechos humanos es que el RESG defina la responsabilidad de las empresas en términos de las expectativas sociales, una formulación que sería más débil que la utilizada por otros órganos de Naciones Unidas que han declarado que esta responsabilidad se deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del derecho internacional existente (RED-DESC, 2009).

A la larga, puede que el mayor logro del mandato de seis años del RESG sea el hecho de haber mantenido vivo dentro de la ONU el debate sobre empresas y derechos humanos, y que en el proceso haya ayudado promover el interés fuera de las Naciones Unidas y una gran cantidad de nuevas investigaciones. Pero luego del fracaso de las Normas, persisten demandas y argumentos poderosos para la creación de estándares globales sobre empresas y derechos humanos, y de mecanismos efectivos para garantizar el derecho humano a un recurso para aquellos individuos y comunidades que sufran las consecuencias de malas prácticas de las empresas. Estas demandas sólo se intensificarán en los próximos años.

REFERENCIAS

- ALSTON, Philip. 1994. Human Rights in 1993: How Far has the United Nations Come and Where Should it Go From Here?. En: NOWAK, M. **World Conference on Human Rights**. Viena: Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights.
- CLAPHAM, Andrew. 2006. **Human Rights Obligations of Non-State Actors**. Oxford: Oxford University Press.
- COCKAYNE, James et al. 2009. **Beyond Market Forces: Regulating the Global Security Industry**. Nueva York: International Peace Institute.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ). 2008. **Corporate Complicity & Legal Accountability, Volume 1**. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas. Disponible en: http://www.icj.org/IMG/Volume_1.pdf. Visitado el: 15 de sept. 2009.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. 2008. **The Montreux Document**. Disponible en: <http://www.eda.admin.ch/psc>. Visitado el: 15 de sept. 2009.
- CONSEJO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2002. **Beyond Voluntarism: human rights and the developing international legal obligations of companies**. Disponible en: [http://www.reliefweb.int/rw/lib.nsf/db900sid/ASIN-7DBQ7F/\\$file/ICHRP_Beyond%20Voluntarism.pdf?openelement](http://www.reliefweb.int/rw/lib.nsf/db900sid/ASIN-7DBQ7F/$file/ICHRP_Beyond%20Voluntarism.pdf?openelement). Visitado el: 15 de sept. 2009.
- CONSEJO INTERNACIONAL DE MINERÍA Y METALES (ICMM). 2008. **Human Rights in the Mining and Metals Industry: Overview, Management Approach and Issues**. Disponible en: <http://www.icmm.com/page/8331/icmm-welcomes-ruggie-report>. Visitado el: 15 de sept. 2009.
- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1975. Senado de Estados Unidos. **Church Report: Covert Action in Chile 1963-1973**. Disponible en: <http://foia.state.gov/Reports/ChurchReport.asp#B.%20Executive%20Command%20and%20Control%20of%20Major%20Covert%20Action>. Visitado el: 15 de sept. 2009.
- FEENEY, Patricia. 1998. **Accountable Aid: Local Participation in Major Projects**. Oxford: Oxfam International Publications.
- HANLON, Joseph (Ed.). 1990. Independent Expert Study Group on the Evaluation of the Application and Impact of Sanctions Against South Africa. **South Africa: the Sanctions Report - Documents & Statistics**. Londres: Commonwealth Secretariat.
- JERBI, S. 2009. Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?. **Human Rights Quarterly**, v. 31, n. 2, p. 299-320.
- KINLEY, D.; CHAMBERS, R. 2006. The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public International Law. **Human Rights Law Review**, v. 6, n. 3.
- ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS. 1983. Comisión de Empresas Transnacionales. **Draft United Nations Code of Conduct on Transnational**

- Corporations.** Disponible en: <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/13%20volume%201.pdf>. Visitado el: 15 de sept 2009.
- _____. 1992. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo: La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, Brasil, 3-14 de junio. Disponible en: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163> Visitado el: 26 de enero de 2010.
- _____. 1993. Declaración y Programa de Acción de Viena: Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, Austria, 14-25 de junio. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/vienna.htm>. Visitado el: 26 de enero de 2010.
- _____. 1995. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing: Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, 4-15 de sept. Disponible en: <http://www.un-documents.net/beijingd.htm>. Visitado el: 26 de enero de 2010.
- _____. 2003. Comisión de Derechos Humanos. **Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights.** U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto. Disponible en: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En). Visitado el: 15 de septiembre 2009.
- _____. 2004. Comisión de Derechos Humanos. **Responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights.** U.N. Doc. E/CN.4/DEC/2004/116. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/decisions/E-CN_4-DEC-2004-116.doc. Visitado el: 15 de sept. 2009.
- _____. 2005a. Comisión de Derechos Humanos. **Human rights and transnational corporations and other business enterprises.** U.N. Doc. E/CN.4/RES/2005/69. 20 de abril. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-69.doc. Visitado el: 15 de sept. 2009.
- _____. 2005b. Comisión de Derechos Humanos. **Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights.** U.N. Doc. E/CN.4/2005/91. 15 de febrero. Disponible en: http://econsense.org/_CSR_INFO_POOL/_INT_VEREINBARUNGEN/images/2005%20REPORT%20OF%20THE%20SUB-COMMISSION%20ON%20THE%20PROMOTION.pdf. Visitado el: 15 de sept. 2009.
- _____. 2006. Comisión de Derechos Humanos. **Interim report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises.** U.N. Doc. E/CN.4/2006/97. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/110/27/PDF/G0611027.pdf?OpenElement>. Visitado el: 15 de sept. 2009.
- _____. 2007a. Consejo de Derechos Humanos. **Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts.** U.N. Doc. A/HRC/4/035. Disponible en: <http://www.business-humanrights.org/Documents/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>. Visitado el: 15 de sept. 2009.
- _____. 2007b. Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

(UNCTAD). **World Investment Report: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development**. Ginebra. Disponible en: <http://www.unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf>. Visitado el: 15 de sept. 2009.

_____. 2008a. Consejo de Derechos Humanos. **Mandate on the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises**. ACNUR Resolución 8/7, 18 de junio.

_____. 2008b. Consejo de Derechos Humanos. **Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie**. U.N. (N.U. de Naciones Unidas?) Doc. A/HRC/8/5. 7 de abril. Disponible en: <<http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>>. Visitado el: 15 de sept. 2009.

_____. 2008c. **Preliminary Work Plan: Mandate of the Special Representative on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises**. 10 de oct. Disponible en: <<http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-preliminary-work-plan-2008-2011.pdf>>. Visitado el: 15 de sept. 2009.

_____. 2008d. Pacto Mundial de Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.unglobalcompact.org/>. Visitado el: 15 de sept. 2009.

_____. 2009. **Business and human rights: Towards operationalizing the “protect, respect and remedy” framework, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises**. U.N. Doc. A/HRC/11/13. 22 de abril. Disponible en: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.13.pdf>>. Visitado el: 15 de sept. 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1977. **Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy**. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/download/english.pdf>. Visitado el: 15 de sept. 2009.

PILLAY, N. 2009. **Opening Statement: OHCHR Consultation on Business and Human Rights**. Ginebra 5-6 de oct. Disponible en: <<http://www.business-humanrights.org/Documents/Navanethem-Pillay-speech-to-Geneva-consultation-Oct-2009.doc>>. Visitado el: 15 de sept. 2009.

RED INTERNACIONAL PARA LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (RED-DESC). 2005. **UN Human Rights Norms for Briefing Kit**. Disponible en: http://www.escr-net.org/usr_doc/Briefing_Kit.pdf. Visitado el: 15 de sept. 2009.

_____. 2006. **Joint NGO Letter in response to the interim report of the UN Special Representative on Human Rights and Business**. Disponible en: http://www.escr-net.org/usr_doc/NGO_Endorsements_-_NGO_Joint_NGO_Response.pdf. Visitado el: 15 de sept. 2009.

_____. 2007. **Joint Open Letter to the UN Special Representative on Business and Human Rights**. Disponible en: http://www.escr-net.org/actions_more/actions_more_show.htm?doc_id=548976. Visitado el: 15 de sept. 2009.

- _____. 2008. RED-DESC Grupo de Trabajo sobre Responsabilidad de las Empresas.. **Collective Report on Business and Human Rights**. Disponible en: http://www.escr-net.org/actions_more/actions_more_show.htm?doc_id=693486&parent_id=431015. Visitado por última vez el 15 de sept. 2009.
- _____. 2009. RED-DESC Grupo de Trabajo sobre Responsabilidad de las Empresas. **Advocacy Guide on Business and Human Rights in the United Nations Part 1: The Mandate of the Special Representative**. Disponible en: http://www.escr-net.org/usr_doc/ESCRNet_BHRGuideI_Updated_Oct2009_eng_FINAL.pdf. Visitado el: 26 de enero 2010.
- RICH, Bruce. 1995. **Mortgaging the Earth: The World Bank, Environmental Impoverishment and the Crisis of Development**. Boston: Beacon Press.
- SALZMAN, J. 2005. Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development. **Law and Contemporary Problems**, v. 68, n. 3 & 4, p. 189. Disponible en: [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+189+\(summerautumn+2005\)#H2N1](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+189+(summerautumn+2005)#H2N1). Visitado el: 15 de sept. 2009.
- TEITELBAUM, A. 2007. **United Nations and Transnational Corporations: a deadly association**. 4 de abril. Disponible en: http://thirdworldtraveler.com/United_Nations/UN_TNCs_DeadlyAssoc.html. Visitado el: 15 de sept. 2009.
- UNITED KINGDOM NATIONAL CONTACT POINT FOR THE OECD GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES (UK NCP). 2008. **Final Statement by the UK NCP for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: AFRIMEX (UK) LTD**. 28 de agosto. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/29/43750590.pdf>. Visitado el: 15 de sept. 2009.

NOTAS

1. Si bien nunca se pretendió que el Código de Conducta de Naciones Unidas fuera *per se* un instrumento de derechos humanos, sí hacía referencia expresa en su párrafo 13 a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos:

“Las empresas transnacionales deben/deberían respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los países en los que operan. En sus relaciones sociales e industriales, las empresas transnacionales no deben/no deberían discriminar sobre la base de la raza, color, sexo, religión, idioma, origen social, nacional o étnico u opinión política o de otra naturaleza. Las empresas transnacionales deben/deberían actuar conforme a las políticas de los gobiernos diseñadas para extender la igualdad de oportunidades y de trato”.

2. Una de las razones por las cuales el Código de Conducta para ETNs fue rechazado por los gobiernos del norte, fue que países en desarrollo que recientemente se habían independizado lo concibieron como parte de un ‘Nuevo Orden Económico Internacional’.

3. Muchas de las disposiciones de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social fueron incorporadas a las versiones revisadas de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

4. La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (adoptada por la

Asamblea General de la ONU en 1993), por ejemplo, llamó a los Estados a castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares.

5. Actual Profesor de la Cátedra Berthold Beitz de Derechos Humanos y Relaciones Internacionales, John F. Kennedy School of Government, Harvard University; Profesor Asociado en Estudios Legales Internacionales, Harvard Law School; Ex-Asesor y Consejero de Planificación Estratégica del Secretario General Kofi Annan.

6. El mandato de dos años del RESG – posteriormente prorrogado a tres- fue para esclarecer las implicancias de los conceptos de ‘complicidad’ y ‘esferas de influencia’ para las empresas transnacionales y otro tipo de empresas comerciales.

7. El gobierno suizo, en conjunto con el Comité Internacional de la Cruz Roja, ha adoptado el Documento de Montreaux sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP), que ha sido apoyado por más de 30 gobiernos. Este documento busca promover el respeto por el derecho internacional humanitario y los derechos humanos por parte de las EMSP durante conflictos armados. El documento está disponible en: <http://www.eda.admin.ch/psc>. El Gobierno Suizo también ha liderado el desarrollo de un Código de Conducta para Empresas Privadas Militares y de Seguridad, que coincide con el mandato del Representante Especial.

ABSTRACT

Over the past 40 years the United Nations has made various attempts to develop global standards to hold companies accountable for their involvement in human rights abuses. This article traces the growing awareness of business-related human rights abuses and the limitations of the traditional State-centric approach to regulating corporations in the era of globalisation. It reflects on the reasons for the demise of the Draft UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and considers the strengths and weaknesses of 'the Protect, Remedy and Respect Framework' adopted by the Human Rights Council in 2008. The article concludes with a warning that unless the demands for global standards and an effective remedy for those affected by corporate misconduct are addressed, pressure for change is only liable to intensify.

KEYWORDS

Business and human rights – UN Norms – corporate accountability

RESUMO

Nos últimos 40 anos, as Nações Unidas têm buscado elaborar parâmetros globais para responsabilizar empresas pelo envolvimento com violações de direitos humanos. Este artigo detalha a atenção cada vez mais dispensada às violações de direitos que envolvam empresas, bem como analisa as limitações apresentadas por uma abordagem centrada nos Estados no que diz respeito a regular empresas num mundo globalizado. O artigo investiga as razões para que o Projeto das Nações Unidas de Normas sobre Responsabilidades das Empresas Transnacionais não tenha se consumado, bem como pondera os pontos positivos e negativos da 'Estrutura Proteger, Remediar e Respeitar', adotada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 2008. O artigo conclui com a seguinte advertência: ao menos que sejam atendidas as demandas em prol de parâmetros globais e instrumentos efetivos para vítimas de práticas empresariais nocivas, a pressão por mudança só tende a aumentar.

PALAVRAS-CHAVE

Empresase direitos humanos – Normas da ONU – Responsabilidade das Empresas



RINDAI CHIPFUNDE-VAVA

Rindai Chipfunde-Vava es la Directora de Zimbabwe Election Support Network (ZESN). Rindai es politóloga y *fellow* de la Universidad de Stanford. Antes trabajó como coordinadora estadual para Zimbabwe de la organización Southern African Human Rights NGOs Network (SAHRINGON) y como coordinadora de proyectos de Zimbabwe Human Rights Association (ZimRights). Ha sido observadora de varias elecciones como miembro de diferentes organismos de la Southern African Development Community (SADC), y también ha observado elecciones en otras regiones de África, en Asia y en varios países de América

Original en inglés. Traducido por Laura Abadía.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

ENTREVISTA CON RINDAI CHIPFUNDE-VAVA, DIRECTORA DE ZIMBABWE ELECTION SUPPORT NETWORK (ZESN)

Por Conectas Derechos Humanos*

Conectas realizó esta entrevista durante el IX Coloquio Internacional de Derechos Humanos, llevado a cabo en San Pablo, Brasil en noviembre del 2009. Desde junio del 2007, Conectas ha facilitado la campaña inter-regional Friends of Zimbabwe (Amigos de Zimbabwe), compuesta por siete ONGs de seis países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México, Perú y Venezuela). Esta campaña se desarrolla en asociación con organizaciones de Zimbabwe, entre ellas ZESN y Zimbabwe Lawyers for Human Rights (ZLHR).

Los objetivos de la campaña son (1) dar a conocer a diferentes sectores la situación actual de Zimbabwe; (2) dar apoyo a las ONGs de Zimbabwe, compartiendo experiencias y colaborando en sus acciones. (3) incidir para que los gobiernos latinoamericanos presionen e influyeran al gobierno de Zimbabwe para que éste restablezca el respeto a la ley y proteja los derechos humanos, y; (4) promover acciones conjuntas a nivel de la Unión Africana (UA), la Organización de Estados Americanos (OEA) y de las Naciones Unidas (ONU).

Conectas: *¿Cómo comenzó a trabajar en el monitoreo de elecciones?*

R: Comencé mi carrera trabajando para una organización de derechos humanos llamada ZimRights al final de los años 90. Durante mi trabajo ahí, observé las elecciones en Malawi y percibí que importantes cambios electorales positivos se estaban llevando a cabo gracias a la presencia de observadores. También percibí que en Zimbabwe no existía ningún mecanismo parecido para controlar las elecciones. Como resultado de esta constatación, un grupo de ONGs fundó ZESN en 2000. Las elecciones que tuvieron lugar desde su fundación

*Agradecemos a Rebecca Dumas por su colaboración en la transcripción de esta entrevista y a Tamaryn Nelson la revisión de la versión final en inglés.

fueron controversiales porque, por la primera vez, había una oposición fuerte: el Movement for Democratic Change (MDC). Esto hizo que la observación de las elecciones fuese bastante relevante, pues de lo contrario yo creo que muchas irregularidades habrían pasado desapercibidas.

Conectas: *¿Cómo se organiza la ZESN?*

R: ZESN se formó al final de 1999, pero el trabajo comenzó efectivamente cuando observamos las elecciones gubernamentales locales en el 2000. Desde entonces, nunca hemos dejado de observar una elección. En lo que se refiere a la estructura, somos una coalición de 30 organizaciones, y todas participamos en una reunión general anual. También hay una Junta y un Secretariado, el cual dirijo como Directora Nacional. Además de la central en Harare, tenemos oficinas en tres provincias.

Conectas: *¿Qué actividades realizó la ZESN durante las últimas elecciones de Zimbabwe?*

R: Durante las elecciones de 2008 nuestra acción fue más allá de la simple observación. La mayoría de los grupos de observación hacen un conteo de votos paralelo (“*parallel vote tabulation*”*), pero para Zimbabwe decidimos hacer una observación basada en muestras (“*sample-based observation*”).

La observación basada en muestras funciona así: de manera estadística, se escoge una muestra de centros electorales y nuestro equipo de observadores se despliega. Tan pronto como los resultados se cuentan en el centro electoral, son transmitidos a la central principal de comunicación, donde son contados y la proyección es calculada, teniendo en cuenta factores como un margen de error, entre otras cosas. Para usar este método, necesitamos diez mil observadores en nueve mil centros electorales en todo el país, así que estuvimos físicamente presentes en casi todos los centros electorales. Esto creó confianza en los zimbabuenses, inclusive en lo que se refiere a nuestras proyecciones. Después de anunciar los resultados de nuestra proyección, la Comisión Electoral no pudo hacer públicos los resultados durante un mes. Finalmente, cuando los resultados fueron publicados, cabían dentro de nuestro margen de error, y por lo tanto, los resultados finales coincidían con nuestra proyección.

Como esta fue la primera vez que la ZESN utilizaba la observación basada en muestras contratamos consultores para orientarnos. Realizamos mucha investigación, y el resultado fue muy exitoso. Muchos países han usado este método, pero creo que somos el primer grupo en hacerlo en África.

*Conteo de votos paralelo (Parallel Vote Tabulation, PVT) implica la observación de la votación y el escrutinio en las mesas, la recolección de los resultados oficiales y su conteo independiente, paralelamente al conteo que llevan a cabo las autoridades electorales.

Conectas: *¿Qué aspecto considera que fue esencial para organizarlo de forma exitosa?*

R: Para que el proyecto sea exitoso se necesita un estadístico, telefonistas, personal especializado en tecnología de la información (TI), recolectores de datos, especialistas en creación de bases de datos y un director de proyectos para dirigir todo el proceso. En lo que se refiere a equipamientos, se necesitan sistemas de comunicación eficientes, incluyendo teléfonos satelitales, celulares y vehículos. Estos son muy importantes para recolectar los resultados. Lo primordial es contar con un gran número de voluntarios.

Como lo mencioné anteriormente, trabajamos con un total de diez mil (10,000) voluntarios. Dentro de estos diez mil (10,000), tan solo 500 trabajaron en la proyección. Estos voluntarios tuvieron prioridad en términos de comunicación porque los resultados recogidos deben ser anunciados en un lapso de veinticuatro (24) horas. Los resultados después son comparados con aquellos de la Comisión Electoral, pero quisimos anunciar los nuestros antes para evitar cualquier fraude. Por eso, era sumamente importante para nosotros recoger y anunciar los resultados en un lapso de 24 horas. De lo contrario, todo el propósito del proyecto hubiese fracasado.

Conectas: *Durante el Coloquio, discutimos de cuan difícil es para los activistas de derechos humanos entender las elecciones como una cuestión de derechos humanos. ¿Cuál es su opinión al respecto?*

R: Las elecciones hacen parte de los derechos ciudadanos y políticos, y cuando se mira alrededor del mundo –por ejemplo en Kenya y Zimbabwe- hay muchas violaciones a los derechos humanos asociadas con las elecciones. Estas violaciones se dan en la forma de tortura, golpizas, matanzas, desapariciones forzadas, entre otras. Para mí, es ahí cuando las elecciones se vuelven un asunto de derechos humanos. En Zimbabwe, las elecciones están bastante relacionadas con violaciones de los derechos humanos. Si no fuera por las elecciones, no creo que tendríamos un record tan negativo. Cuando se mira el histórico de las crisis en Zimbabwe, es posible observar que todas tuvieron lugar durante los años de elecciones. Las elecciones envuelven el ejercicio de diferentes derechos: el derecho a asamblea, el derecho de asociación, la libertad de expresión, etc. Estos derechos muchas veces son violados dentro del contexto de elecciones y este es un punto clave. Considero que las organizaciones de derechos humanos deben prestar atención a este último aspecto e incluirlo en el alcance de su acción.

Conectas: *¿Por qué considera que en varios países africanos ha habido un incremento de la violencia después de las elecciones?*

R: Después de la independencia, muchos de los partidos políticos que habían luchado por la liberación, instauraron un sistema de partido único, por lo tanto, durante los años 80 y 90 no existió ninguna oposición a estos

partidos. Al final de los años 90, comenzamos a presenciar la emergencia de partidos de oposición, y este fue el caso de Zambia y Zimbabwe. Los países africanos interpretaron esto como una alerta, y decidieron vigilar los partidos de oposición. Como resultado, estos partidos comenzaron a ser tratados como enemigos, acusados de representar los intereses occidentales y de desestabilizar los regímenes que lucharon por la libertad. Para los partidos de oposición, la única forma de defenderse fue por medio de la violencia, que vivieron durante la lucha de liberación y no habían olvidado. El resultado de esta polarización son elecciones violentas dada la intolerancia ante las diferentes visiones políticas. Cuando se mira nuestro sistema electoral, la mayoría de los países utilizan el sistema de votación “*first past the post*”, donde los ganadores se llevan todo y forman el gobierno. Es poco probable que tengamos un sistema de representación proporcional, donde diversos sectores son representados en el Parlamento y el poder es compartido entre los diferentes partidos.

Conectas: *¿Cuál es el rol de la comunidad internacional dentro de este contexto de polarización?*

R: En lo que se refiere a las elecciones, la comunidad internacional debería dar apoyo a las iniciativas locales, como observadores domésticos. Debería además enviar observadores internacionales para apoyar el trabajo que hacemos. Considero que la comunidad internacional debería promover más proyectos relacionados a la democracia, elecciones y educación electoral. La educación electoral es un punto clave, pues es importante que las personas conozcan sus derechos, y cómo votar de manera informada. También creo que si conocen sus derechos tendrán más confianza en el resultado de la votación.

Conectas: *¿Cuál cree que es el papel de los países africanos como integrantes de la comunidad internacional? ¿Cree que es posible romper con la tendencia de los países africanos de votar en bloque en las Naciones Unidas?*

R: Es un proceso y depende de la situación. Creo que las Naciones Unidas (ONU) deberían tener una orientación más temática que por país. Si se quiere poner un país como Zimbabwe en la agenda en vez de discutir asuntos temáticos, otros Estados como China, Rusia e inclusive Sudáfrica van a resistir. Si países específicos son colocados en la agenda, no veo como podríamos romper el patrón de votar en bloque. Existe también el Panafricanismo. Necesitamos estrategias para poner los diferentes asuntos sobre la mesa.

Conectas: *Como mencionó anteriormente a China, quisiéramos saber ¿Cuál es su opinión respecto a su papel como miembro de la comunidad internacional, especialmente en el contexto africano?*

R: China está bastante presente en Zimbabwe. Anteriormente los países de la

Unión Europea eran los mayores inversores en África, ahora es China. Es una lástima que algunos de los países u organizaciones, como el Commonwealth, se hayan dejado de intervenir en la crisis de Zimbabwe.

Al principio de la crisis, la Unión Europea resolvió no involucrarse, lo que le abrió las puertas a China. Sin importar la gravedad de la situación de un país, creo que la comunidad internacional nunca debería dejar de comprometerse. Debería continuar presionando y empujando para que países como China no monopolicen las oportunidades de inversión. Ahora vemos que China está invirtiendo en minerales y agricultura en Zimbabwe. Para mí, la fuerte presencia china es un problema porque China es un país que no tiene tradición democrática. Si estos son los amigos de Zimbabwe, ellos serán probablemente invitados a observar las elecciones, sin tener una historia de elecciones libres y justas en su país. Otros ejemplos son Rusia y Libia. Un país debe invitar una mezcla de Estados a observar las elecciones, incluyendo aquellos que tienen un buen record de derechos humanos, para que inspeccionen el proceso de forma objetiva, y den recomendaciones de cómo Zimbabwe puede mejorar su sistema electoral.

Conectas: *Finalmente, ¿Podría darnos su opinión personal respecto a la acusación de la Corte Penal Internacional hacia Omar al-Bashir, Presidente de Sudán?*

R: Creo que fue muy positiva porque de donde yo vengo hay una creencia que los presidentes en el poder no pueden ser acusados. Esto es una advertencia para todos los presidentes, de que si ellos abusan de los derechos humanos, pueden ser acusados, pues nadie está sobre la ley. Nada más ha pasado desde entonces, pero creo que es un buen progreso. Es una advertencia para los presidentes en ejercicio que han violado los derechos humanos y abusan de su poder. El mundo los está observando.

São Paulo, noviembre 14, 2009.

INFORME SOBRE EL IX COLOQUIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Por Conectas Derechos Humanos

1 Introducción

En noviembre de 2009 Conectas organizó la novena edición del Coloquio Internacional de Derechos Humanos cuyo tema fue: **“Una Evaluación del Sistema Global de Derechos Humanos desde la Perspectiva del Hemisferio Sur: Estrategias Comunes y Propuestas de Reforma”**. El Coloquio es un evento anual realizado desde 2001 en San Pablo (Brasil) destinado, prioritariamente, a jóvenes activistas del hemisferio sur, realizado íntegramente en tres idiomas (inglés, portugués y español), que facilita espacios de diálogo entre las diferentes agendas de trabajo del movimiento de derechos humanos, aborda cuestiones candentes a través de un enfoque multidisciplinario, y crea espacios para el establecimiento de formas de cooperación entre todos participantes.

En las últimas ocho ediciones, desde el 2001 hasta el 2008, el Coloquio ha acogido 529 participantes de 59 países en América Latina, África y Asia. Por otra parte, 226 personas han asistido como conferencistas y colaboradores. Además de su misión de capacitación, el Coloquio juega un papel importante en el desarrollo de las capacidades políticas de los defensores de derechos humanos que participan en este evento y brinda la oportunidad para que los participantes extiendan el alcance de su trabajo, al establecer conexiones con redes y grupos de otras regiones.

La novena edición del Coloquio buscó reunir un grupo de jóvenes activistas y académicos para evaluar colectivamente la eficiencia del sistema internacional de derechos humanos desde la perspectiva del hemisferio sur. Por primera vez desde su creación en 2001, el IX Coloquio reunió exclusivamente ex-participantes de ediciones anteriores del evento. Así, el encuentro buscó fortalecer el trabajo colaborativo entre las diferentes generaciones de participantes. La metodología de trabajo buscó crear un espacio propicio para la elaboración de estrategias futuras de acción y de propuestas concretas de reforma del sistema multilateral de derechos humanos.

El grupo, que reunió participantes de todos los coloquios, realizó además una evaluación de los resultados de las previas ocho ediciones del Coloquio y discutió el formato y el contenido de las ediciones de 2010 y 2011.

El encuentro reunió 34 participantes de 22 países (14 hombres y 20 mujeres) de América Latina (14), Asia (4) y África (16). Recibió además 32 observadores y contó con el apoyo de un equipo de 14 monitores voluntarios para la organización.

Desde la selección hasta la realización del evento, los participantes realizaron una serie de lecturas y tareas preparatorias sobre los temas abordados en el programa.

La realización del IX Coloquio Internacional de Derechos Humanos fue posible gracias a la generosa contribución del Open Society Institute, la Fundación Ford y la Fundación de las Naciones Unidas. También recibió apoyo de los consulados francés y canadiense, OSISA y Ashoka Social Entrepreneurs. Como en años anteriores, la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas acogió el evento durante una semana, y el Centro de la Juventud Ruth Cardoso, de la Municipalidad de Sao Paulo, recibió los participantes durante la sesión inaugural.

Los participantes solicitaron que la presente reseña del evento sea publicada en la Revista Sur para informar aquellos que formaron parte de ediciones anteriores del Coloquio y otras personas interesadas.

2 Programa: Un Análisis Crítico del Sistema ONU de Derechos Humanos

El programa de este año buscó dar un panorama general sobre el funcionamiento de los principales mecanismos del sistema ONU de derechos humanos, y al mismo tiempo promover espacios para discutir estrategias concretas de acción conjunta y propuestas de reforma. Así, cada uno de los mecanismos analizados (el sistema de la Carta de la ONU y el sistema de los tratados) fue estudiado desde tres perspectivas: Conectas fue responsable por dar una visión general sobre su funcionamiento, un orador fue invitado a formular una visión crítica, y finalmente los participantes presentaron ejemplos concretos de su utilización. Fueron 11 presentaciones prácticas que ilustraron cuáles son las dificultades que los activistas encuentran al usar estos mecanismos. Durante el trabajo en grupos, los participantes discutieron algunas estrategias para superar estos desafíos y formularon propuestas concretas de reforma.

El grupo de conferencistas y panelistas reunió académicos, activistas y oficiales de las Naciones Unidas, que analizaron el funcionamiento de los órganos de las Naciones Unidas desde una perspectiva de derechos humanos, y discutieron las oportunidades de participación para la sociedad civil.

El Programa dio especial énfasis a los mecanismos del Consejo de Derechos Humanos (CDH) y a los órganos de los tratados. Así, Camila Asano de Conectas presentó el contexto político del CDH y Philippe Dam de Human Rights Watch (Ginebra) discutió la resistencia de los Estados miembro del CDH a adoptar resoluciones sobre países. Lucia Nader de Conectas presentó una visión general sobre el funcionamiento del Examen Periódico Universal (EPU) y Sandeep Prasad de Action Canada for Population and Development – ACPD (Canadá) presentó los retos de incluir en el EPU el tema de derechos sexuales. Mustapha Al- Sayyid de la Universidad del Cairo, habló sobre el rol de los países árabes en el Consejo de Derechos Humanos. Julia Neiva de Conectas describió el funcionamiento de los órganos de los tratados y Gabriela Kletzel del Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS (Argentina) presentó la experiencia de su organización en la presentación de los informes sombra.

Participaron además dos Relatores Especiales: el Relator Especial de las Naciones Unidas para Ejecuciones Arbitrarias, Philip Alston, envió un video explicando el trabajo de los mecanismos especiales, y la Relatora Especial de las Naciones Unidas para una Vivienda Adecuada, Raquel Rolnik, habló sobre su experiencia de un año como Relatora Especial, y compartió los retos de combinar trabajo de campo con los requerimientos institucionales de las Naciones Unidas.

June Ray del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Unidad de la Sociedad Civil, Ginebra) y Katherine Thomasen del International Service for Human Rights (Ginebra), presentaron las oportunidades que tienen las organizaciones de la sociedad civil para participar de manera efectiva en el sistema de Naciones Unidas. June Ray hizo énfasis en el rol del OHCHR como un puente entre los defensores de los derechos humanos y los diversos órganos de las Naciones Unidas.

Otros dos temas fueron discutidos: el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional respectivamente por Joanna Weschler, del Security Council Report (EUA), y Camila Maturana, de Corporación Humanas (Chile). Ambas dieron una visión general del funcionamiento de estas instituciones internacionales, y explicaron cómo las ONG pueden monitorear su trabajo.

2. 1 Estudios de caso – Lecciones Aprendidas y Consejos Prácticos

Algunos participantes presentaron sus experiencias de utilización del sistema internacional para ilustrar las conferencias. Esta metodología, utilizada por primera vez durante un coloquio, tornó las discusiones más horizontales y permitió un verdadero intercambio de experiencias entre los participantes.

Estudios de caso		
Consejo de Derechos Humanos Mecanismos especiales	Consejo de Derechos Humanos EPU	Órganos de Tratados
José Ferrara, México: Cómo someter un caso al Relator Especial (RE) para libertad de expresión.	Florita Telo, Angola: Presentación del informe de la sociedad civil al EPU: el caso de Angola.	Babalola Medayedupin, Nigeria: Denuncia de un caso de tortura al Comité de la Convención contra la Tortura.
Luis Emmanuel Cunha, Brasil: Implementación de las Recomendaciones de los Relatores Especiales.	Andrea Dejten, Uruguay: Monitoreo del proceso EPU en Uruguay.	Wendy Flores, Nicaragua: Informes sombra a los Órganos de Tratados.
Renata Lira, Brasil: Cómo organizar la visita de un Relator Especial.	Mauricio Caballero, Colombia: Proceso EPU en Colombia y los derechos LGBT.	Chibogu Obinwa, Nigeria: Domesticación de la CEDAW en Nigeria.
	Carlo Cleofe, Filipinas: Implementación de las recomendaciones del EPU	Maria Esther Mogollón, Perú: Ratificación de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

2.1. a Consejo de Derechos Humanos: Mecanismos Especiales

José Ferrara, del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez (México) relató la experiencia de su organización de utilización de una relatoría de la ONU, en el contexto de la preparación del informe sombra de las organizaciones de la sociedad civil al EPU. Así afirmó “el envío de información al relator resultó conveniente por formar parte de una estrategia amplia que involucró a los medios de comunicación y a las organizaciones dedicadas a la defensa de la libertad de expresión. Nuestros planteamientos encontraron eco en las diversas delegaciones que estuvieron presentes durante la comparecencia de la delegación mexicana. Ayudó también el activismo de organizaciones internacionales vinculadas al tema.” Agregó “al enviar información a los relatores es importante que la información enviada sea altamente confiable, deben plantearse además las acciones que se solicita realizar a los Estados”. Finalmente recomendó “el envío de información debe formar parte de una estrategia amplia que incluya la movilización solidaria de diversos sectores sociales”.

Luis Emmanuel Cunha, de Gajop (Brasil) presentó la experiencia de su organización de elaboración de una metodología para evaluar la implementación de las recomendaciones del sistema ONU. Luis destacó la dificultad que enfrentan para evaluar el cumplimiento de las recomendaciones de los diferentes mecanismos de la ONU, debido a que cada uno de los mecanismos elabora recomendaciones de acuerdo a sus propios criterios, lo que impide la creación del procedimiento uniforme de análisis.

Sobre las visitas dos relatores, Renata Lira de Justiça Global (Brasil) destacó la importancia de que los informes que se entregan a los Relatores durante la visita sean elaborados en inglés, cuenten con estadísticas oficiales, casos emblemáticos, y sobre todo, un análisis político de contexto. Destacó también la importancia de organizar encuentros con las víctimas y sus familiares, para que el relator tenga una visión de la situación real del país.

2. 1. b Consejo de Derechos Humanos: Examen Periódico Universal (EPU)

Florita Telo, de la organización Centro Cultural Mosaiko (Angola) relató la experiencia de elaboración del informe de la sociedad civil al EPU. El informe fue elaborado por 10 organizaciones de diferentes regiones de Angola. Trabajaron fundamentalmente en torno a seis temas: derecho a la vivienda, a la educación, a la salud, derecho a la tierra de los pueblos indígenas y comunidades pastoras, acceso a los recursos naturales, derecho de asociación y libertad de participación y manifestación. En su presentación, Florita destacó la dificultad adicional que enfrentan los activistas que hablan portugués, ya que este no es un idioma oficial de la ONU.

Andrea Dejen, del Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo (Uruguay) relató que al comenzar a participar de la EPU las organizaciones se dieron cuenta de que estaban en una nebulosa respecto a este nuevo mecanismo, novedoso y participativo, pero que aún no entendían. Al mismo tiempo el gobierno, convocó a la sociedad civil para la colaboración en la elaboración del informe oficial. En la visión de Andrea, este proceso de consulta e información sobre el EPU de Uruguay padeció de serias dificultades, entre ellas la escasa y selectiva convocatoria a la sociedad

civil organizada, realizada con tiempos insuficientes para asegurar la más amplia participación, y con escasa información que permitiera el análisis adecuado de las organizaciones de la sociedad civil para elaborar un posicionamiento. Finalmente, Andrea mencionó que una buena idea para el futuro sería la convocatoria a una mesa permanente de trabajo de cara al próximo examen.

Mauricio Caballero de Colombia Diversa (Colombia) presentó el trabajo para incluir el tema de los derechos de la población LGBT en el EPU de Colombia. Mauricio comenzó por destacar que el EPU representaba varias dificultades. En primer lugar, el mecanismo era nuevo, desconocido y sin mucha claridad en las reglas. En segundo lugar, mencionó que el asunto de la homosexualidad es un tema que genera polémica y división al interior en el Consejo de Derechos Humanos. En tercer lugar, destacó que Colombia es un país complejo y con un sinnúmero de graves problemas de derechos humanos lo cual hacía muy difícil incorporar todos los temas.

El resultado del trabajo de su organización fue positivo, ya que el CDH incluyó una recomendación específica sobre el tema que fue asumida por el Estado y de esta manera se constituye en la primera recomendación internacional explícita en materia de derechos humanos de la población LGBT en Colombia. Mauricio relató que la recomendación ha sido usada para fortalecer el debate interno. Esta recomendación ha sido importante para generar espacios de interlocución con el gobierno y en otros escenarios internacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y en el litigio interno (Corte Constitucional). También ha sido útil para fortalecer las políticas públicas en materia de derechos de esta población, especialmente para fortalecer el marco normativo y para crear indicadores de goce efectivo de los derechos.

Carlo Cleofe, de la Task Force Detainees of the Philippines (Filipinas), mencionó que para el informe de la sociedad civil al EPU sea llevado en consideración se preocuparon en que la información pareciera confiable, para ello convocaron un amplio espectro de organizaciones a firmar el documento. Destacó también que fue muy importante poder participar en dos oportunidades de la sesión del Consejo para hablar con las delegaciones sobre la revisión de su país. En esas visitas organizaron también eventos paralelos que ayudaron a generar interés sobre la situación de Filipinas. Finalmente, Carlo destacó que haber elaborado previamente una lista de recomendaciones que las delegaciones podían hacer a su país fue fundamental: de las 19 delegaciones con las que se reunieron, 11 utilizaron las recomendaciones elaboradas por la sociedad civil.

2. 1. c Órganos de Tratados

Babalola Medayedupin, del Center for Community Development and Conflict Management (Nigeria) relató las dificultades que su organización enfrentó al intentar denunciar internacionalmente un caso grave de tortura, debido a que Nigeria no ratificó el Protocolo a la Convención contra la Tortura. De este modo, destacó la importancia de estudiar durante la preparación de un caso, qué tratados el país en cuestión ha ratificado.

Wendy Flores Acevedo del Centro Nicaragüense de Derechos Humanos (CENIDH) (Nicaragua), relató la experiencia de su organización en la presentación de informes alternativos ante los diferentes órganos de tratados de la ONU como el Comité de Derechos Humanos en octubre de 2008, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en noviembre de 2008 y el Comité contra la Tortura en mayo de 2009. Como principal lección aprendida, Wendy destacó la necesidad de trabajar en conjunto con otras organizaciones con el objetivo de llevar amplia y completa información. También mencionó la necesidad de tener presentes las fechas de presentación de informes por parte del Estado y programación de los exámenes por los diferentes órganos. El principal desafío identificado fue la importancia de construir una metodología de trabajo para elaborar un informe de forma coordinada con otras organizaciones. Sugirió como mecanismo, el nombramiento de un pequeño equipo redactor que se encargue de recopilar la información y realice la redacción final con el objetivo de que el documento tenga consistencia, armonía y un mismo lenguaje.

2. 1. d Elaboración y ratificación de normas internacionales

Chibogu Obinwa, de BAOBAB for Women's Human Rights (BAOBAB) (Nigeria) comentó la experiencia de su organización en torno de la implementación en el ámbito interno de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, sigla en inglés). Ella mencionó que Nigeria ratificó la Convención durante el gobierno militar, en 1985, y que nunca la incorporó realmente en el ámbito interno. Chibogu mencionó que la domesticación de la Convención enfrenta algunas dificultades, basadas en estereotipos culturales contrarios a los derechos de la mujer. Así la estrategia de una amplia coalición de organizaciones fue elaborar un informe sombra muy bien documentado sobre 16 artículos de la CEDAW y participar de las sesiones del Comité en Nueva York durante la evaluación de Nigeria. Chibogu mencionó la importancia de mantener un diálogo informal con los miembros de la CEDAW para llamar la atención sobre los puntos más importantes que deben ser cuestionados al gobierno. Por otro lado, como estrategias para la implementación de la Convención, mencionó el trabajo con los medios de comunicación para presentar cuáles son los aspectos de la legislación que precisan ser reformados, y la formación de jueces y legisladores sobre el tema.

María Esther Mogollón, de MAM Fundacional (Perú) presentó su experiencia en la incidencia para la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. María Esther tuvo la oportunidad de informar la posición del gobierno peruano, a partir de una investigación previa que había realizado sobre los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, en especial el derecho a la maternidad de las mujeres con discapacidad. Si bien Perú votó a favor de la Convención y la ratificó posteriormente, María Esther denunció una tendencia a disminuir derechos de las personas con discapacidad en su país.

2.2 Documento Final: Propuestas de Reforma del Sistema ONU

Durante los grupos de trabajo, los participantes colaboraron activamente para producir una declaración conjunta sobre los siguientes retos que el sistema de derechos de humanos de las Naciones Unidas enfrenta:

Retos para aumentar la participación y la efectividad de la sociedad civil en el Sistema ONU de DH

1. Falta de cooperación de los Estados con las Naciones Unidas (NU), a menudo justificada con el falso argumento de incompatibilidad entre soberanía y protección de los derechos humanos;
2. Falta de implementación de las recomendaciones de las Naciones Unidas, y dificultad para medir la efectividad de los órganos de tratados y mecanismos internacionales de derechos humanos;
3. Obstáculos para la participación de la sociedad civil en el sistema de las Naciones Unidas, lo que incluye la falta de recursos financieros, barreras físicas y de idioma, carencia de comunicación y acceso a la información;
4. Interacción insuficiente entre y dentro el sistema de Derechos Humanos y los Sistemas Regionales;
5. Selectividad y politización en el Consejo de Derechos Humanos (CDH);
6. La no-ratificación del núcleo de tratados de derechos humanos y obstáculos para la participación de la sociedad civil en los órganos de tratados;
7. Atención insuficiente por parte del Consejo de Seguridad a la agenda de derechos humanos; y
8. Necesidad de garantizar una mayor efectividad en la Corte Penal Internacional (CPI), y de mejorar su relación con el sistema de derechos humanos de la ONU.

Los grupos de trabajo hicieron recomendaciones dirigidas a la ONU, los gobiernos y las organizaciones de la sociedad civil. Conectas presentó en nombre de todos los participantes el Documento Final a la Alto Comisionada para los Derechos Humanos, y cada participante presentó el documento a su respectivo gobierno (en sus países y también en sus respectivas delegaciones en Ginebra). Conectas también distribuyó el documento a través de su página web y de su Newsletter. La versión integral del documento final se encuentra disponible en: <http://www.conectas.org/archivospublicados/IXColoquioDDHH_DocFinal_Espanol.pdf>

3 Evaluación del Coloquio 2001-2009

En los años precedentes, Conectas ha llevado a cabo evaluaciones con los participantes del Coloquio, durante y después del evento, y ha tomado en consideración los resultados de estas evaluaciones para introducir cambios y mejoras en su formato y el contenido. Estas evaluaciones consecutivas han mostrado que el Coloquio se ha convertido en un espacio reconocido en el que las organizaciones de derechos humanos, especialmente del Sur Global, pueden entrenarse y crear redes. Sin embargo, Conectas estaba deseosa de tener una evaluación más profunda por parte de los beneficiarios de las diferentes ediciones del Coloquio en lo que respecta a su impacto.

Tomando en consideración estas evaluaciones, el IX Coloquio reunió 34 participantes de los 8 eventos anteriores. Esta fue la primera vez que participantes de

diferentes generaciones tuvieron la oportunidad de conocerse y crear vínculos para futuras actividades conjuntas. Además, pudieron dar su opinión respecto al contenido y al formato de futuras ediciones del Coloquio.

Conectas pidió que los participantes contribuyeran al proceso de evaluación en tres fases: i) respondiendo vía Internet a un cuestionario antes del evento; ii) discutiendo los resultados del cuestionario durante el Coloquio, y iii) elaborando propuestas para futuras ediciones.

Durante la etapa preparatoria se pidió a los participantes que dieran su opinión sobre el grado de cumplimiento de los cinco objetivos que el Coloquio se pretende alcanzar.

Resultados del cuestionario*	
Objetivo 1: El Coloquio ofrece un foro para el intercambio de experiencias y de conocimientos prácticos:	78% concuerdan fuertemente 22% concuerdan
Objetivo 2: El Coloquio proporciona un foro para compartir informaciones sobre los últimos avances en el campo e los derechos humanos:	56,5% concuerdan fuertemente 43,5% concuerdan
Objetivo 3: El Coloquio ofrece oportunidades para adquirir habilidades profesionales:	52% concuerdan fuertemente 36% concuerdan 12% no concuerdan
Objetivo 4: El Coloquio proporciona información sobre cómo navegar en el sistema de las Naciones Unidas para avanzar la protección de los derechos humanos:	52% concuerdan fuertemente 39% concuerdan 9% no concuerdan
Objetivo 5: El Coloquio crea bases para futuras colaboraciones y alianzas:	56,5% concuerdan fuertemente 43,5% concuerdan

*23 de los 34 participantes respondieron a la encuesta.

La encuesta mostró una evaluación muy positiva del Coloquio. 100% de los participantes “Concuerdan fuertemente” o “Concuerdan” con que el Coloquio: i) Ofrece un foro para el intercambio de experiencias (objetivo 1), ii) Proporciona un espacio para aprender sobre los últimos desarrollos en DH (objetivo 2) y iii) Crea las bases para futuras colaboraciones (objetivo 5). Es interesante resaltar que esos tres objetivos también fueron seleccionados en la última parte de la evaluación como los objetivos prioritarios para el futuro del Coloquio.

Respecto a la adquisición de habilidades profesionales (objetivo 3), los participantes que opinaron que este objetivo no está siendo alcanzado (votaron “no concuerdan”) explicaron que no estaban de acuerdo con la forma en la que se presentó la frase, especialmente con el término “adquisición”. Respecto a la oferta de información de cómo navegar en el sistema de la ONU (objetivo 4), los participantes que “no concuerdan” pidieron que Conectas organizara cursos complementarios sobre el sistema de la ONU. Afirmaron que un Coloquio de una semana no era suficiente para aprender sobre un sistema tan complejo.

Durante las discusiones, los participantes hicieron varios comentarios positivos. Hablaron del impacto del Coloquio en sus vidas, dando ejemplos concretos de proyectos conjuntos implementados gracias al Coloquio. También mencionaron que el Coloquio es diferente a los otros cursos, porque toma en cuenta el aspecto social del trabajo por los derechos humanos, dando un espacio para la creación de nuevas amistades. Además subrayaron su carácter único como foro Sur-Sur.

Los participantes hicieron propuestas para los Coloquios futuros, incluyendo la incorporación del francés como una de las lenguas del Coloquio, y recomendaron la continuación de muchos de sus rasgos, como el *Open Space Forum* (espacio de discusión de temas propuestos por los participantes), las visitas de ONGs brasileras y los estudios de caso presentados por los participantes. Los participantes también recomendaron que Conectas documente el impacto del Coloquio en la vida de los participantes, así afirmaron “*esta historia debe de ser contada*”.

4 Comentarios finales

El Coloquio tiene un papel central en la vida de Conectas. Cada año, el Coloquio es el momento para el cual la organización invierte su mayor esfuerzo. Es además el principal espacio para oír la opinión de los activistas de derechos humanos del hemisferio sur, a quienes gran parte de las actividades de la organización están dirigidas.

Fue extremadamente reconfortante oír la opinión de los ex-participantes durante la evaluación realizada durante el IX Coloquio. En este sentido, cuatro aspectos son particularmente relevantes: 1) el reconocimiento de la singularidad del Coloquio por ser el único evento de integración sur - sur en derechos humanos; 2) el relato de proyectos de colaboración entre participantes iniciados a partir del Coloquio sobre los cuáles Conectas no tenía información; 3) el reconocimiento del esfuerzo de Conectas por continuar en contacto con los ex – participantes después del Coloquio y 4) la importancia de los espacios de confraternización durante el Coloquio y el reconocimiento al trabajo de Conectas para crear estos espacios de integración.

A la luz de los resultados de la evaluación, queda claro que el principal desafío para Conectas es diseñar una herramienta que permita medir el impacto del Coloquio en el fortalecimiento de una nueva generación de activistas de derechos humanos que valoriza la colaboración y percibe de forma diferente las relaciones Norte-Sur y Sur-Sur.

Para obtener más información sobre el X Coloquio Internacional de Derechos Humanos, que será organizado en octubre de 2010, visite: <www.conectas.org/coloquio>.

SUR 1, v. 1, n. 1, jun. 2004

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

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

FLAVIA PIOVESAN

Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA Y A. SCOTT DUPREE

Reflexión sobre la sociedad civil y los derechos humanos

JEREMY SARKIN

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

VINODH JAICHAND

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

PAUL CHEVIGNY

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

SERGIO VIEIRA DE MELLO

Redefinir la seguridad Cinco cuestiones sobre derechos humanos

SUR 2, v. 2, n. 2, jun. 2005

SALIL SHETTY

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

FATEH AZZAM

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

RICHARD PIERRE CLAUDE

Derecho a la educación y educación para los derechos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas

E.S. NWAUCHE Y J.C. NWOBIKE

Implementación del derecho al desarrollo

STEVEN FREELAND

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

FIONA MACAULAY

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

EDWIN REKOSH

¿Quién define el interés público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH

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

SUR 3, v. 2, n. 3, dic. 2005

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 4, v. 3, n. 4, jun. 2006

FERNANDE RAINE

El desafío de la mensuración en derechos humanos

MARIO MELO

Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ISABELA FIGUEROA

Pueblos indígenas versus petroleras: Control constitucional en la resistencia

ROBERT ARCHER

Los puntos fuertes de distintas tradiciones: ¿Qué es lo que se puede ganar y lo que se puede perder combinando derechos y desarrollo?

J. PAUL MARTIN

Relectura del desarrollo y de los derechos: Lecciones desde África

MICHELLE RATTON SANCHEZ

Breves consideraciones sobre los mecanismos de participación de las ONGs en la OMC

JUSTICE C. NWOBIKE

Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: El camino a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN

Los programas sociales desde la óptica de los derechos humanos: El caso del Bolsa Familia del gobierno Lula en Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA Y LEO ZWAAK

Comparación esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: Una actualización

RESEÑA

SUR 5, v. 3, n. 5, dic. 2006

CARLOS VILLAN DURAN

Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ

El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE

Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana

DEVIKA PRASAD

El fortalecimiento de la policía democrática y de la responsabilidad en la *Commonwealth* del Pacífico

IGNACIO CANO

Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen

TOM FARER

Hacia un eficaz orden legal internacional: ¿de coexistencia a concertación?

RESEÑA

SUR 6, v. 4, n. 6, jun. 2007

UPENDRA BAXI

El Estado de Derecho en la India

OSCAR VILHENA VIEIRA

La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho

RODRIGO UPRIMNY YEPES

La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos

LAURA C. PAUTASSI

¿Igualdad en la desigualdad? Alcances y límites de las acciones afirmativas

GERT JONKER Y RIKA SWANZEN

Servicios de mediación para los testigos menores de edad que atestiguan ante tribunales penales sudafricanos

SERGIO BRANCO

La ley de autor brasileña como elemento de restricción a la eficacia del derecho humano a la educación

THOMAS W. POGGE

Propuesta para un Dividendo sobre Recursos Globales

SUR 7, v. 4, n. 7, dic. 2007

LUCIA NADER

El papel de las ONG en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU

CECÍLIA MACDOWELL SANTOS

El activismo legal transnacional y el Estado: reflexiones sobre los casos contra Brasil en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

JUSTICIA TRANSICIONAL

TARA URS

Imaginando respuestas de inspiración local a las atrocidades masivas que se cometieron: voces de Camboya

CECILY ROSE Y FRANCIS M. SSEKANDI

La búsqueda de justicia transicional y los valores tradicionales africanos: un choque de civilizaciones – El caso de Uganda

RAMONA VIJEYARASA

Enfrentando la historia de Australia: verdad y reconciliación para las generaciones robadas

ELIZABETH SALMÓN G.

El largo camino de la lucha contra la pobreza y su esperanzador encuentro con los derechos humanos

ENTREVISTA CON JUAN MÉNDEZ

Por Glenda Mezarobba

SUR 8, v. 5, n. 8, jun. 2008

MARTÍN ABREGÚ

Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva – una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur

AMITA DHANDA

Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

LAURA DAVIS MATTAR

Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales – un análisis comparativo con los derechos reproductivos

JAMES L. CAVALLARO Y

STEPHANIE ERIN BREWER

La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social

DERECHO A LA SALUD Y ACCESO A MEDICAMENTOS

PAUL HUNT Y RAJAT KHOSLA

El derecho humano a los medicamentos

THOMAS POGGE

Medicamentos para el mundo: impulsar la innovación sin obstaculizar el libre acceso

JORGE CONTESSE Y DOMINGO LOVERA PARMO

Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH/sida: éxitos sin victoria en Chile

GABRIELA COSTA CHAVES, MARCELA FOGAÇA VIEIRA Y RENATA REIS

Acceso a medicamentos y propiedad intelectual en Brasil: reflexiones y estrategias de la sociedad civil

SUR 9, v. 5, n. 9, dic. 2008

BARBORA BUKOVSKÁ

Perpetrando el bien: las consecuencias no deseadas en la defensa de los derechos humanos

JEREMY SARKIN

Las cárceles en África: una evaluación desde la perspectiva de derechos humanos

REBECCA SAUNDERS

Lo que se pierde en la traducción: expresiones del sufrimiento humano, el lenguaje de los derechos humanos y la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación

SESENTA AÑOS DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

PAULO SÉRGIO PINHEIRO

Sesenta años después de la Declaración Universal: navegando las contradicciones

FERNANDA DOZ COSTA

Pobreza y derechos humanos: desde la retórica a las obligaciones legales - una descripción crítica de los marcos conceptuales

EITAN FELNER

¿Una nueva frontera para la defensa de los derechos económicos y sociales? Convirtiendo los datos cuantitativos en una herramienta para la rendición de cuentas en derechos humanos

KATHERINE SHORT

De la Comisión al Consejo: ¿las Naciones Unidas han logrado crear un órgano de derechos humanos confiable?

ANTHONY ROMERO

Entrevista con Anthony Romero, Director Ejecutivo de American Civil Liberties Union (ACLU)

SUR 10, v. 6, n. 10, jun. 2009

ANUJ BHUWANIA

“Muy malos niños”: “La tortura India” y el informe de la Comisión sobre la Tortura en Madrás de 1855

DANIELA DE VITO, AISHA GILL Y DAMIEN SHORT

El delito de violación tipificado como genocidio

CHRISTIAN COURTIS

Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina

BENYAM D. MEZMUR

La adopción internacional como medida de último recurso en África: promover los derechos de un niño y no el derecho a un niño

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS EN MOVIMIENTO: MIGRANTES Y REFUGIADOS

KATHARINE DERDERIAN Y LIESBETH SCHOCKAERT

Respondiendo a los flujos “mixtos” de migración: Una perspectiva humanitaria

JUAN CARLOS MURILLO

Los legítimos intereses de seguridad de los Estados y la protección internacional de refugiados

MANUELA TRINDADE VIANA

Cooperación internacional y desplazamiento interno en Colombia: Desafíos a la mayor crisis humanitaria de América del Sur

JOSEPH AMON Y KATHERINE TODRYS

Acceso a tratamiento antirretroviral para las poblaciones migrantes del Sur Global

PABLO CERIANI CERNADAS

Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos