

v. 9 • n. 17 • dic. 2012
Semestral

Edición en Español

DESARROLLO Y DERECHOS HUMANOS

• **César Rodríguez Garavito,
Juana Kweitel y Laura Trajber Waisbich**

Desarrollo y Derechos Humanos:
Algunas Ideas para Reiniciar el Debate

• **Irene Biglino, Christophe Golay y Ivona Truscan**

El Aporte de los Procedimientos Especiales de la ONU al Diálogo
sobre Derechos Humanos y Desarrollo

• **Luis Carlos Buob Concha**

Derecho al Agua: Entendiendo sus Componentes Económico, Social
y Cultural como Factores de Desarrollo para los Pueblos Indígenas

• **Andrea Schettini**

Por un Nuevo Paradigma de Protección de los Derechos
de los Pueblos Indígenas: Un Análisis Crítico de los Parámetros
Establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

• **Serges Alain Djoyou Kamga y Siyambonga Heleba**

¿Puede el Crecimiento Económico Traducirse en Acceso a Derechos?
Desafíos de las Instituciones en Sudáfrica para Garantizar que el
Crecimiento Conduzca a Mejores Estándares de Vida

• **Entrevista con Sheldon Leader**

Empresas Transnacionales y Derechos Humanos

• **Aline Albuquerque y Dabney Evans**

Derecho a la Salud en Brasil: Un Estudio sobre el Sistema
de Presentación de Informes para los Comités de Monitoreo de Tratados

• **Linda Darkwa y Philip Attuquayefio**

¿Matar para Proteger? Guardias de la Tierra, Subordinación
del Estado y Derechos Humanos en Ghana

• **Cristina Rădoi**

La Respuesta Ineficaz de las Organizaciones Internacionales
con Relación a la Militarización de la Vida de las Mujeres

• **Carla Dantas**

Derecho Individual de Petición dentro del Ámbito del Sistema Global
de Protección de los Derechos Humanos



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)
Flávia 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)
Roberto Garretón Ex – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Chile)
Uppendra Baxi Universidad de Warwick (Reino Unido)

EDITORES

Pedro Paulo Poppovic
Oscar Vilhena Vieira

COMITÉ EJECUTIVO

Maria Brant - Editora Ejecutiva
Albertina de Oliveira Costa
Flávia Annenberg
Glenda Mezarobba
Hélio Batista Barboza
Juana Kweitel
Laura Waisbich
Lucia Nader

EDICIÓN

Luz González
Francisca Evrard

REVISORES EXTERNOS

Andrew Charman, Arilson Favareto, Beatriz Galli, Carolina Fairstein, Christopher Mbazira, Eduardo Pannunzio, Eloisa Machado, Fernanda Doz Costa, Fernando Dantas, Marcel Gomes, Julieta Lemaitre Ripoll, Maurício Santoro, Pablo Ceriani, José Rodrigo Rodríguez, Catherine Boone, Vinodh Jaichand, Vivian Calderoni

REVISIÓN DE LAS TRADUCCIONES

Carolina Fairstein (Español)
Renato Barreto (Portugués)
The Bernard and Audre Rapoport
Center for Human Rights and Justice,
University of Texas, Austin (Inglés)

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

DISTRIBUCIÓN

Luz González

IMPRESIÓN

Prol Editora Gráfica Ltda

CONSEJO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro Universidad de Columbia (Estados Unidos)
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 CONICET/Universidad Nacional Tres de Febrero (Argentina)
Daniela Ikawa Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales/Universidad de Columbia (Estados Unidos)
Ellen Chapnick Universidad de Columbia (Estados Unidos)
Ernesto Garzon Valdés Universidad de Mainz (Alemania)
Fateh Azzam Arab Human Rights Fund (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)
Juan Amaya Castro Universidad para la Paz (Costa Rica)/VU University Amsterdam (Países Bajos)
Lucia Dammert Consocio Global para la Transformación de la Seguridad (Chile)
Luigi Ferrajoli Universidad de Roma (Italia)
Luiz Eduardo Wanderley Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)
Malak El-Chichini Poppovic Conectas Derechos Humanos (Brasil)
Maria Filomena Gregori Universidad de Campinas (Brasil)
Maria Herminia 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 (UBA)
Víctor Topanou Universidad Nacional de Benin (Benin)
Vinodh Jaichand Centro Irlandés de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Irlanda (Irlanda)

SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Conectas Derechos Humanos. Disponible en Internet en <www.revistasur.org>.

SUR está indexada en: IBSS (International Bibliography of the Social Sciences); ISN Zurich (International Relations and Security Network); DOAJ (Directory of Open Access Journals) y SSRN (Social Science Research Network). Se encuentra disponible además en las bases de datos comerciales: EBSCO y HEINonline, ProQuest y Scopus. SUR ha sido calificada A1 (Colombia) y A2 (Qualis, Brasil).

SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.1, n.1, jan.2004 – São Paulo, 2004 – .

Semestral

ISSN 1806-6445

Edições em Inglês, Português e Espanhol.

1. Direitos Humanos 2. ONU I. Rede Universitária de Direitos Humanos

CONTENIDOS

DESARROLLO Y DERECHOS HUMANOS

CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO, JUANA KWEITEL Y LAURA TRAJBER WAISBICH	5	Desarrollo y Derechos Humanos: Algunas Ideas para Reiniciar el Debate
CHRISTOPHE GOLAY, IRENE BIGLINO Y IVONA TRUSCAN	15	El Aporte de los Procedimientos Especiales de la ONU al Diálogo sobre Derechos Humanos y Desarrollo
LUIS CARLOS BUOB CONCHA	43	Derecho al Agua: Entendiendo sus Componentes Económico, Social y Cultural como Factores de Desarrollo para los Pueblos Indígenas
ANDREA SCHETTINI	65	Por un Nuevo Paradigma de Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas: Un Análisis Crítico de los Parámetros Establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos
SERGES ALAIN DJOYOU KAMGA Y SIYAMBONGA HELEBA	89	¿Puede el Crecimiento Económico Traducirse en Acceso a Derechos? Desafíos de las Instituciones en Sudáfrica para Garantizar que el Crecimiento Conduzca a Mejores Estándares de Vida
CONECTAS DERECHOS HUMANOS	115	Entrevista con Sheldon Leader Empresas Transnacionales y Derechos Humanos
ALINE ALBUQUERQUE Y DABNEY EVANS	123	Derecho a la Salud en Brasil: Un Estudio sobre el Sistema de Presentación de Informes para los Comités de Monitoreo de Tratados
LINDA DARKWA Y PHILIP ATTUQUAYEFIO	151	¿Matar para Proteger? Guardias de la Tierra, Subordinación del Estado y Derechos Humanos en Ghana
CRISTINA RĂDOI	175	La Respuesta Ineficaz de las Organizaciones Internacionales con Relación a la Militarización de la Vida de las Mujeres
CARLA DANTAS	201	Derecho Individual de Petición dentro del Ámbito del Sistema Global de Protección de los Derechos Humanos



CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO

César Rodríguez Garavito es Director del Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes y miembro fundador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). Ha sido profesor visitante de la Universidad de Stanford, la Universidad de Brown, la Fundación Getulio Vargas (Brasil), la Universidad de Pretoria (Sudáfrica), el Åbo Center for Human Rights (Finlandia), el Irish Center for Human Rights y la Universidad Andina de Quito. Es miembro de la Junta Editorial del

Annual Review of Law and Social Science y columnista del diario El Espectador.

Email: cerogara@gmail.com



JUANA KWEITEL

Juana Kweitel es directora de programas de Conectas Derechos Humanos. Tiene maestría en Derecho Internacional de Derechos Humanos de la Universidad de Essex, Reino Unido y en Ciencias Políticas de la Universidad de San Pablo, Brasil. Tiene formación de postgrado en Derechos Humanos y Transición Democrática, de la Universidad de Chile, es abogada, con mención de honor de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Trabajó en Argentina como coordinadora institucional del CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) y como coordinadora del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma organización.

Email: juana.kweitel@conectas.org



LAURA TRAJBER WAISBISCH

Laura Trajber Waisbisch es graduada en Relaciones Internacionales (Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil) y tiene una maestría en Ciencia Política (Instituto de Estudios Políticos de París, Francia).

Trabaja en Conectas Derechos Humanos desde 2011 y es investigadora del Centro Brasileiro de Análisis y Planificación (CEBRAP)

Email: laura.waisbich@gmail.com

RESUMEN

Organizaciones de América Latina se reunieron en San Pablo, en mayo de 2012, para realizar un diagnóstico conjunto sobre el impacto de los modelos dominantes de desarrollo económico en los derechos humanos y evaluar críticamente las estrategias del movimiento de derechos humanos para enfrentar este desafío. Este artículo presenta algunas de las reflexiones del encuentro, convocado por Conectas Derechos Humanos, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (*Dejusticia*) y la Escuela de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas.

Original en español.

PALABRAS CLAVE

Crecimiento económico – Desarrollo – Pueblos indígenas – Consumo – Movimiento de derechos humanos – Medio ambiente



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

DESARROLLO Y DERECHOS HUMANOS: ALGUNAS IDEAS PARA REINICIAR EL DEBATE

César Rodríguez Garavito, Juana Kweitel y Laura Trajber Waisbich

Si bien durante mucho tiempo el movimiento de derechos humanos se mantuvo distante de la discusión sobre desarrollo económico, en los últimos años el interés por el tema ha retornado. Sin embargo, involucrarse en este debate requiere una mayor reflexión colectiva acerca de los retos conceptuales y operacionales de la acción en torno del tema.

Este artículo presenta algunas de las reflexiones de un encuentro¹ celebrado en San Pablo en mayo de 2012. Convocado por Conectas Derechos Humanos, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (*Dejusticia*) y la Escuela de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas, el encuentro reunió a organizaciones de América Latina para hacer un diagnóstico conjunto sobre el impacto de los modelos dominantes de desarrollo económico sobre los derechos humanos, y evaluar críticamente las estrategias de respuesta del movimiento de derechos humanos ante este desafío.

El texto organiza las ideas del encuentro en torno de cuatro tensiones: 1.1) Desarrollo vs. crecimiento económico; 1.2) Límites eco-sistémicos vs. las demandas de la expansión del acceso a derechos; 1.3) Propiedad individual vs bienes comunes; 1.4) Nosotros vs. ellos: ¿nuevas divisiones y nuevas alianzas?. Hacia el final incluimos una sección para pensar en el fortalecimiento del movimiento de derechos humanos en torno al tema y algunas conclusiones.

1 Desarrollo y Derechos Humanos: Cuatro tensiones

Ver las notas del texto a partir de la página 12.

1.1 *Desarrollo vs. crecimiento económico*

Con frecuencia nos referimos al crecimiento económico como sinónimo de desarrollo. Sin embargo, el crecimiento económico, por su obsesión por la acumulación material y por su descuido de los impactos ambientales, ha generado incompatibilidades múltiples desde una perspectiva de derechos humanos.

Cada vez es más claro, en América Latina, el impacto negativo del modelo económico actual en los derechos humanos. Incluso reconociendo resultados importantes, como la reducción de la pobreza, el avance en materia de ecoeficiencia y responsabilidad social corporativa, resulta evidente que es necesario desarrollar mecanismos para poner límites a la obsesión por el lucro y especialmente para fortalecer la capacidad de regulación del Estado. Un Estado débil es más permeable a los intereses del mercado.

En América Latina, después de décadas de políticas neoliberales, el retorno del desarrollismo económico se traduce en un mayor activismo económico del Estado, que pasa a tener un papel central. En el desarrollismo de ayer y en el contemporáneo, el Estado elige y apoya sectores económicos que transforma en “campeones”. Hoy son gobiernos de izquierda los que en la región toman para sí el deber de desarrollar sus países y para ello dan preferencia a determinados sectores económicos. Al contrario de los años noventa, en los cuales el Estado se reducía tenemos ahora Estados más fuertes, que consolidan su capacidad de fomento de determinados sectores de la economía y al mismo tiempo reducen su capacidad de regulación y control.

En este escenario, el crecimiento económico, prima sobre cualquier otro valor, incluso pasa por encima del respeto a los derechos humanos, especialmente de comunidades más vulnerables. Así, las políticas y la cultura desarrollistas agravan la tensión entre los sectores beneficiarios del crecimiento y aquéllos que deben pagar el costo de esas políticas. De este modo, los que critican al modelo, así como los afectados son considerados como “obstáculos” para el crecimiento del país. Repetidamente, tanto la criminalización de los opositores como la negación de los derechos de los afectados son justificadas en nombre del pretendido bienestar colectivo.

Esta tensión también cuestiona algunas características de nuestros sistemas democráticos representativos, ya que la mayoría de las veces los grupos afectados se encuentran muy distantes de los centros políticos y económicos, y por eso enfrentan aún más dificultades para hacer oír su voz y sus intereses.

Parte de la solución puede venir de encontrar formas de incluir la ética en la economía; reconciliando economía y sociedad, valores y ciencia. Amartya Sen nos ofrece una herramienta conceptual para hacerlo. Su concepto de desarrollo como expansión de la esfera de tomada de decisión autónoma de los individuos (de las capacidades)² permite la reconciliación instrumental con la idea de democracia y derechos humanos. El desarrollo como autonomía, individual y colectiva, propone un modelo emancipador de desarrollo; uno que no sea impuesto desde afuera, sino que sea ser algo interno a las sociedades, que requiere información y profundo debate público. En realidad, el pensamiento de Sen es de extrema actualidad, como lo enseñan las estrategias de movilización y litigio de muchas

organizaciones junto a las recientes iniciativas de *gobiernos abiertos* y a las leyes nacionales de acceso a la información (como en Perú, Brasil, México, etc.)

Así, el desarrollo como expansión de las *capacidades* ofrece una posibilidad de recuperar la noción de Estado de Derecho y revalorarla no como mecanismo de protección de las inversiones privadas sino de protección de las minorías contra las mayorías, por ejemplo contra un cierto modelo de desarrollo que afecta su identidad cultural.

También la participación popular puede ser una forma fijar ciertos límites al modelo centrado exclusivamente en el crecimiento económico. La consulta previa con pueblos indígenas es un ejemplo de un mecanismo que puede orientar la formulación e implementación de políticas públicas y que promueve un desarrollo que toma en consideración la realidad y los derechos de los afectados³.

1.2 Límites eco-sistémicos vs. demandas de la expansión del acceso a derechos

Amartya Sen nos permite acercar la gramática de los derechos humanos de la cuestión del desarrollo. Sin embargo, surge un nuevo dilema: ¿cómo incluir la dimensión ambiental en el modelo de Sen?

Sabemos que la agenda de las organizaciones de derechos humanos está basada en la universalización del acceso a derechos. Sin embargo, la expansión del acceso presupone la ampliación permanente del consumo, y esto es hoy insostenible. Conceptualmente el dilema es cómo compatibilizar la necesidad de expandir el acceso a derechos para todos en un planeta que hospeda 7 mil millones de habitantes y cuyos recursos naturales tienen un límite real.

En otras palabras, ¿cómo hacer compatibles los imperativos de la justicia social y los de la justicia ambiental? La justicia ambiental mantiene una relación especial con las cuestiones clásicas de redistribución y reconocimiento⁴. Pero hasta hoy, el nexo jurídico entre los derechos humanos y la naturaleza sigue muy débil (salvo en algunas excepciones, como las constituciones de Ecuador y Bolivia o el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo).

Además, ni el derecho, ni la economía logran proveer una herramienta para superar esta tensión. El modelo de la economía verde se volvió una forma de “maquillaje” y no logró frenar la tendencia hacia la destrucción del planeta y agotamiento de los recursos naturales. La nueva división internacional del uso de los recursos ecosistémicos y del trabajo reprimariza las economías de América Latina (y de África) y las convierte en exportadoras de materias primas, mientras que Asia se encarga de la transformación e inclusión en el mercado mundial y Europa y Estados Unidos consumen el producto final. ¿Cómo entonces hacer el uso de los recursos naturales de forma a garantizar las reales necesidades sociales?

Una posible respuesta es que en un mundo lleno la utilización de los bienes privados se plantea de otra forma; hay que cambiar – en la teoría y en la práctica – el sentido y la utilidad de la economía⁵. Ya no se podrá lograr permanencia en la lucha contra la pobreza sin la reducción de las desigualdades, que puede exigir en algunos casos (de países más desarrollados) límites concretos al consumo.

Hay, sin embargo, algunas razones para optimismo. Por medio de las tecnologías de información en red, surgen nuevas posibilidades de cooperación social (incluso para el consumo colaborativo) y de lucha colectiva para hacer posible nuevas formas de ciudadanía en un planeta lleno.

1.3 *Derecho propiedad vs. bienes comunes*

El tercer dilema aborda las tensiones entre viejos y nuevos modelos de gestión de los bienes materiales (como por ejemplo, la tierra) e inmateriales (como por ejemplo, el conocimiento).

	Modelos de gestión actuales	Modelos de gestión innovadores
Bienes materiales Ejemplo: Tierra	Propiedad privada: concentración	Territorios indígenas: gestión colectiva
Bienes inmateriales Ejemplo: Conocimiento	TRIPS: restricciones al acceso a medicamentos Derechos de autor: restricciones al acceso al conocimiento	Creative Commons Linux Wikipedia: acceso libre Debates recientes en la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre salud e innovación

Por medio de la sacralización de la apropiación privada, el modelo liberal de desarrollo - como lo conocemos - pone en riesgo los bienes comunes (como el agua y la biodiversidad) a través de su mercantilización, como lo demuestra el impacto del sistema de protección de la propiedad intelectual en el derecho a la salud. El monopolio productivo representado por el sistema de patentes no sólo incrementa el costo del medicamento y dificulta el acceso, sino que también no ha producido innovación. Numerosas enfermedades fatales de los países subdesarrollados siguen olvidadas.

Algo similar ocurre en el caso de la industria cultural, donde la propiedad intelectual a ultranza dificulta el acceso a la información, afectando y a veces criminalizando la libertad de expresión de los artistas y ciudadanos.

Este fenómeno implica retos importantes para el movimiento de derechos humanos al menos por dos razones:

- 1) La industria cultural hace uso de la gramática de los derechos humanos (derechos de autor) para la defensa de las ganancias privadas.
- 2) Muchos gobiernos del continente están aumentando la protección de la propiedad intelectual y del monopolio privado, como una forma de promover el “crecimiento económico”. Tensiones entre el sistema de patentes y la protección de los bienes públicos son frecuentes, por ejemplo, en Brasil donde el Ministerio de la Salud firmó acuerdos con laboratorios privados para la producción de medicamentos – como el *atazanavir* - para el VIH/SIDA⁶.

Aunque sólidamente afincado en los sistemas jurídicos, el derecho de propiedad

individual coexiste con modelos alternativos de producción y propiedad colectiva. Experiencias recientes están mostrando que las redes también pueden aportar valores (como la confianza y la reciprocidad) al sistema, valores estos que son el elemento fundamental del manejo colectivo de bienes materiales o inmateriales. Como lo teoriza Yochai Benkler⁷, el potencial transformador de los nuevos modelos es visible en los avances de la economía en red en la gestión colectiva de la propiedad inmaterial (por parte de experiencias como *Linux*, *Creative Commons* y *Wikipedia*, por ejemplo) o en la proposición de modelos alternativos de consumo (como el *Collaborative Consumption*).

El concepto de *bienes comunes* (aquellos no excluyentes, que no son propiedad de nadie y permiten el uso compartido) puede ser una herramienta teórica útil para cuestionar modelos actuales de gestión de los bienes. No sólo la idea de bienes comunes afirma la primacía del interés colectivo sobre el interés individual, sino que también concretamente permite pensar la gestión compartida y colectiva de algunos bienes como la información y el conocimiento (*bienes públicos puros*: aquellos que son no-excluyentes y no-exclusivos).

Mientras que las tecnologías de comunicación e información han permitido la expansión de la economía en red, el manejo colectivo de recursos naturales carece todavía de aportes sustanciales para este debate. Un aporte importante es el modelo de manejo colectivo de tierras de diferentes pueblos indígenas latinoamericanos. Sin embargo, es necesario profundizar el estudio de la viabilidad económica de estos modelos colectivos⁸ y cómo hacer que puedan sobrevivir en medios económicos e institucionales en los que predomina la propiedad privada.

1.4 *Nosotros vs. ellos: ¿nuevas divisiones y nuevas alianzas?*

Al contrario de los dilemas anteriores, la última tensión se refiere no al objeto de la protección de los derechos humanos, sino al movimiento de derechos humanos como actor en este proceso. Involucrarse en las cuestiones de desarrollo exige del movimiento una mirada crítica hacia los tradicionales antagonismos y las tradicionales dicotomías entre nosotros-ellos.

En la discusión conceptual y aún más en el aspecto operacional, es posible percibir una falta de claridad sobre los límites entre aliados-enemigos. Con frecuencia, la cuestión del desarrollo radicaliza las tensiones internas al movimiento de derechos humanos.

Hay acuerdo sobre el hecho de que uno de los principales retos del movimiento es conciliar - conceptual y estratégicamente - el deber de protección de los derechos de los afectados con los imperativos del bien común. Sin embargo, no es fácil articular críticas en contra del desarrollismo porque éste crea una alianza inter-clases (empresarios, sector financiero, tecnocracia, algunos sectores sindicales). En este contexto, muchas veces aquellos que critican este modelo son vistos como los traidores.

Las tensiones entre algunas organizaciones de derechos humanos y parte del movimiento sindical son un buen ejemplo de esta compleja relación. En las actividades mineras o las grandes obras de infraestructura, la protección de

los intereses de la clase trabajadora –concentrada en la creación de puestos de trabajo- no siempre converge con los intereses de los afectados, como los pueblos indígenas y las comunidades locales.

Una segunda división surge entre las organizaciones de derechos humanos y la izquierda política, especialmente en contextos en los que los gobiernos desarrollistas provienen de sectores de izquierda. Así, hoy es común ver divisiones entre una izquierda desarrollista y una izquierda ambientalista.

Una tercera división ocurre en el posicionamiento y estrategias del movimiento frente a los múltiples retos. Mientras algunas organizaciones se detienen en el cuestionamiento de los efectos colaterales del modelo (con herramientas como la Responsabilidad Corporativa y la filantropía estratégica). Otras, vislumbran un objetivo de largo plazo de intentar cambiar las estructuras del modelo económico intentando producir un diálogo hacia alternativas más allá de la economía verde. Para las que actúan junto a las corporaciones, el *soft law* de Ruggie puede ser una herramienta⁹, para las otras, fortalecer el *hard law* de los tribunales es la mejor alternativa.

Surgen visiones contradictorias acerca del papel de las empresas en la construcción de un puente entre los actores del movimiento de derechos humanos y el mundo del desarrollo. Para algunos la incorporación de la ética a la economía precisa de todos: Estado y mercado y, por lo tanto, la Responsabilidad Social Corporativa es un avance necesario y trae cambios importantes. Inversamente, hay otros que lo ven apenas como una forma marketing (o *greenwashing*) que ha solamente empeorado la situación global.

Paralelamente, para algunos es posible constatar que las empresas no son homogéneas y que existe un margen de maniobra para un diálogo. ¿Es posible lograr formular estrategias para trabajar con la resistencia y la intención de cambio internas? Sea cual sea la respuesta, para involucrarse en la cuestión, el movimiento debe simultáneamente lograr buscar en las corporaciones interlocutores legítimos para un diálogo constructivo y superar los desafíos jurídicos del acceso a justicia en casos de violaciones envolviendo – directa o indirectamente – corporaciones.

2 Capacidades que el movimiento de derechos humanos debe fortalecer

Más allá de las complejidades conceptuales inherentes al marco *derechos humanos y desarrollo*, es posible identificar algunas de las deficiencias colectivas del movimiento de derechos humanos para trabajar con el tema y que pueden servir como “hoja de ruta” para pensar en futuras acciones.

Desarrollar nuevas herramientas conceptuales. El primer vacío es la ausencia de herramientas conceptuales para pensar las alternativas al modelo dominante de desarrollo económico, sea por intermedio de la economía en red, sea por el modelo de los bienes comunes. Sólo la acumulación sistemática de evidencias nos permitirá construir un piso mínimo de información y comprensión entre las organizaciones de la región. Nos falta igualmente actuar de manera crítica y

propositiva, incluso interviniendo en la producción de conocimiento en especial, en las ciencias jurídicas y económicas.

Repensar la unidad de acción, las alianzas y los foros más adecuados. Hoy necesitamos nuevos aliados e identificar nuevos espacios de lucha cada vez más transnacionalizados. Para ello, precisamos no sólo de estrategias propositivas, sino de estrategias creativas (como el diálogo y el litigio delante de otros foros como los Tribunales de Cuentas o la creación de organizaciones científicas que contribuyan a la investigación de violaciones a los derechos humanos como consecuencia de iniciativas de crecimiento económico). Necesitamos también realizar alianzas multisectoriales y multidisciplinarias, incluso con técnicos de otras áreas tradicionalmente lejanas a la gramática de los derechos humanos (como por ejemplo la biología y la ingeniería). Igualmente, precisamos complementar el trabajo en los espacios de acción clásicos (las instituciones del Estado nación o del sistema universal de derechos humanos) con trabajo en unidades de acción distintas (p.ej. zonas biogeográficas) en las que tienen lugar los procesos que queremos enfrentar (p.ej., la deforestación de la Amazonía, que comprende varios estados-nación).

Mapear las capacidades instaladas y disponibles. Finalmente, el mapeamiento de nuestras capacidades instaladas es crucial para que se pueda buscar lo que todavía nos falta. Sería igualmente importante tener un panorama de actores involucrados en la cuestión que nos permita tener una mayor claridad en torno de los posibles socios, interlocutores y opositores.

3 A modo de conclusión

La primera conclusión es que aún no hay consenso en relación con la agenda de derechos humanos referida al desarrollo económico, ni entre las organizaciones de derechos humanos ni entre éstas y los demás sectores sociales en cada uno de nuestros países. Enfrentamos hoy una nueva ola de violencia y criminalización en contra de aquellos que defienden valores y modelos alternativos al crecimiento económico entendido solamente como expansión del consumo.

La segunda conclusión es que en este contexto, nuestras acciones deben ser prioritariamente locales, y caso a caso. Pero es justamente la conexión de múltiples acciones simultáneas ocurriendo localmente que acaba por disputar la estructura económica global. En este sentido, la acción colectiva local fortalece (y es fortalecida por) por acciones colectivas transnacionales.

Es posible hoy intensificar las redes de colaboración y difusión de información gracias principalmente al internet y las redes sociales. Algunos conceptos como la confianza y la reciprocidad emergen como cuestionadores de los viejos modelos, primordialmente del neoliberalismo y el desarrollismo.

La percepción colectiva es que la mejor manera de actuar en este contexto es seguir debatiendo nuestros particularismos y insertarlos en una gramática universal. Seguir luchando estratégicamente en el micro, caso a caso, pero con un discurso claro y sólido de principios.

Queda también pendiente discutir con mayor profundidad si el marco de

derechos humanos es el adecuado para tratar de esta cuestión. Algunos señalan que la gramática de derechos, por su aspecto principista y de valores absolutos puede llevar a tensiones sin solución. En contextos en los cuales las comunidades locales se ven obligadas a negociar, el discurso de derechos que deja menos lugar para *trade-offs* puede aumentar la conflictividad, y no llevar a soluciones reales.

Sólo el cúmulo de experiencias lleva a transformaciones sostenibles. Debemos ser persistentes y creativos para lograr transformar las prácticas y las ideas sobre desarrollo económico y derechos humanos.

NOTAS

1. El encuentro fue pensado también como una oportunidad para identificar algunas cuestiones para acción colectiva a corto y mediano plazo. Participaron 26 personas de 24 organizaciones de América Latina.
2. Sen, Amartya. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
3. Ver César Rodríguez Garavito. *Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia, 2012.
4. Ver Nancy Fraser. *Justice Interruptus: Rethinking Key Concepts in a Post-socialist Age* (1997), *The Radical Imagination: Between Redistribution and Recognition* (2003), *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange* (2003), and *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World* (2008) y Robert Melchior Figueroa. *Debating the Paradigms of Justice: The Bivalence of Environmental Justice*. Ann Arbor: University Microfilms International, 1999.
5. Ver Ricardo Abramovay. *Muito além da economia verde*. São Paulo: Planeta Sustentável, 2012.
6. Ver Grupo de Trabalho sobre Propriedade Intelectual (GTPI), Rede Brasileira Pela Integração dos Povos (REBRIP), Carta de Preocupações do GTPI a respeito das Parcerias Público-Privadas anunciadas por el gobierno, 19 de abril de 2011, disponible en: http://www.deolhonaspontes.org.br/media/file/Notas%20GTPI%20-%202011/Carta%20GTPI_Preocupa%C3%A7%C3%B5es_Final_Site.pdf. Visitado en: Dic. 2012.
7. Ver Yochai Benkler. *The Wealth of Networks*. Yale: Yale University Press, 2006. Disponible en: http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf. Visitado en: Dic. 2012.
8. Ver: Juan Camilo Cárdenas, *Dilemas de lo colectivo: Instituciones, pobreza y cooperación en el manejo local de los recursos de uso común*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009. Disponible en: <http://static.elespectador.com/archivos/2009/08/04ae547f65e425c3e20d939e355f3306.pdf>. Visitado en: Dic. 2012.
9. Referencia a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en marzo de 2011. ONU, Consejo de Derechos Humanos, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", 21 de marzo de 2011, A/HRC/12/31. Disponible en: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/a-hrc-17-31-spanish.doc>. Visitado en: Dic. 2012.

ABSTRACT

Organizations from Latin America met in mid-2012 in São Paulo, Brazil to jointly make a diagnosis of the impact of the dominant economic development models on human rights and critically evaluate the response strategies of the human rights movement to face this challenge. This article presents some of the thinking at a meeting organized by Conectas Human Rights, the Center for Studies on Law, Justice and Society (*Dejusticia*) and the Law School of the Fundação Getúlio Vargas.

KEYWORDS

Economic development – Development – Indigenous people – Consumption – Human rights movement – Environment

RESUMO

Organizações da América Latina reuniram-se em São Paulo, em maio de 2012, para desenvolver um diagnóstico acerca do impacto dos modelos dominantes de desenvolvimento econômico sobre os direitos humanos e avaliar criticamente as estratégias do movimento dos direitos humanos para responder a esse desafio. Este artigo apresenta algumas das reflexões do encontro, convocado pela Conectas Direitos Humanos, pelo Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade (*Dejusticia*) e pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas

PALAVRAS-CHAVE

Crescimento econômico – Desenvolvimento – Povos indígenas – Consumo – Movimento dos direitos humanos – Meio ambiente



CHRISTOPHE GOLAY

El Dr. Christophe Golay es Coordinador del Proyecto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Geneva Academy on International Humanitarian Law and Human Rights. Fue Asesor Jurídico del primer Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la alimentación (2001-2008). En 2011 publicó, como coautor, *The Fight for the Right to Food. Lessons Learned*.

Email: christophe.golay@graduateinstitute.ch



IRENE BIGLINO

La Dra. Irene Biglino es Investigadora de la Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights y miembro del Proyecto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También es Consultora Jurídica de la Organización Internacional para el Derecho del Desarrollo.

Email: irene.biglino@graduateinstitute.ch



IVONA TRUSCAN

Ivona Truscan es Investigadora y Profesora Asistente de la Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Realiza investigación académica sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sobre los mecanismos de derechos humanos de la ONU. Ivona organiza cursos de capacitación sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, ocasionalmente, dicta clases sobre temas relacionados.

Email: ivona.truscan@graduateinstitute.ch

RESUMEN

En medio de críticas relativas a la ausencia de un verdadero diálogo entre los derechos humanos y el desarrollo y una débil cooperación en temas de fondo entre los actores de ambas disciplinas, el presente artículo describe la forma en que una categoría de actores de los derechos humanos intentó comprometerse en forma concreta con la agenda del desarrollo. El estudio analiza los aportes que han hecho diversos titulares de mandato de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas (ONU), particularmente los que tienen un mandato relacionado con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), en pos de acercar los principios fundamentales específicos de las normas internacionales de derechos humanos al núcleo de los marcos de desarrollo, con especial atención a la agenda de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU. Haciendo foco en la no discriminación, la participación y la rendición de cuentas, el uso de indicadores y las obligaciones que surgen en el ámbito de la asistencia y la cooperación internacionales, se argumenta que los relatores y especialistas de la ONU han comenzado a allanar el camino para una convergencia sustancial entre los paradigmas de los derechos humanos y del desarrollo.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodríguez

Recibido en julio de 2013. Aceptado octubre de 2012

PALABRAS CLAVE

Procedimientos especiales de las Naciones Unidas – Relatores especiales de las Naciones Unidas – Especialistas independientes de la ONU – Objetivos de Desarrollo del Milenio – Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Derechos humanos – Desarrollo



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

EL APOORTE DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE LA ONU AL DIÁLOGO SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO

Christophe Golay, Irene Biglino y Ivona Truscan

1 Introducción

Los actores de los ámbitos de los derechos humanos y del desarrollo reconocen por igual que los derechos humanos desempeñan un papel esencial en la esfera del desarrollo, y concuerdan en términos generales en el hecho de que existen sinergias entre las agendas de los derechos humanos y del desarrollo. A pesar de este creciente reconocimiento, se observa un escepticismo significativo cuando se trata de desarrollar estrategias constructivas y operativas para tender un puente entre los dos paradigmas. La comunidad de los derechos humanos ha criticado duramente los marcos para el desarrollo, como el proyecto de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) por relegar a los derechos humanos, mientras que la comunidad del desarrollo ha puntualizado el nivel generalmente bajo de participación sustancial evidenciado por los actores de los derechos humanos (ALSTON, 2005; DOYLE, 2009). El artículo argumenta que los titulares de mandato de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas han asumido el desafío de contribuir en forma sustancial y concreta tanto a la clarificación de la naturaleza de la relación entre los derechos humanos y el desarrollo como a la integración de la perspectiva de los derechos humanos en sus áreas de estudio específicas.

Tomando ejemplos concretos del trabajo de los titulares de mandato de los procedimientos especiales y con los ODM como lente, este artículo se propone evaluar cómo estos han interactuado con la agenda del desarrollo. Se presenta una perspectiva general sobre el proyecto de los ODM (parte I), seguida de un análisis sobre su relación con los derechos humanos (parte II), y se esbozan los fundamentos de un diálogo entre las agendas de los derechos humanos y de los ODM (parte III). En la parte IV se analizan los enfoques de los titulares de

Ver las notas del texto a partir de la página 40.

mandato de los procedimientos especiales en su esfuerzo por tender un puente entre el discurso del desarrollo y las perspectivas de los derechos humanos. En la parte V se estudia la forma en que los titulares de mandato de los procedimientos especiales han comenzado a ocuparse de la agenda para el desarrollo global con posterioridad a 2015.

2 Los Objetivos de Desarrollo del Milenio

Entre los diferentes niveles de políticas de desarrollo, el artículo se centra en los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), en la medida en que han dominado la última década como la iniciativa más prominente en la agenda internacional del desarrollo. La Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas (ONU), de la cual surgieron los ODM, fue un evento sin precedentes donde 198 líderes mundiales firmaron la Declaración del Milenio, comprometiendo a sus países a combatir “las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema” y a “hacer que el derecho al desarrollo sea una realidad para todos” (UNITED NATIONS, 2000). En la práctica, los ODM son un conjunto de objetivos cuantificables que deben alcanzarse para 2015. Los ocho ODM fueron diseñados para: erradicar la pobreza extrema y el hambre (ODM 1); lograr la enseñanza primaria universal (ODM 2); promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer (ODM 3); reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años (ODM 4); mejorar la salud materna (ODM 5); combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades (ODM 6); garantizar la sostenibilidad del medio ambiente (ODM 7); y fomentar una alianza mundial para el desarrollo (ODM 8). Para definirlos con mayor precisión y cuantificar su consecución, a cada objetivo se le ha asociado un conjunto de metas e indicadores.

Restando menos de tres años para la fecha prevista en los ODM –el año 2015–, puede considerarse que el panorama presentado por los informes disponibles dista de ser homogéneo. Si bien se han logrado avances en varios objetivos, se pueden identificar contratiempos en relación con otros (UNITED NATIONS, 2012a). Según el último Informe de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, se observan avances en varios de los objetivos relacionados con la salud. En lo que respecta a la tuberculosis, las proyecciones indican que la tasa de mortalidad de 1990 por la enfermedad se reducirá a la mitad para 2015, y han disminuido las muertes por paludismo a nivel mundial (UNITED NATIONS, 2012a, p. 44, 42). Las nuevas infecciones por VIH siguen disminuyendo, y el acceso a tratamiento para las personas que viven con VIH aumentó en todas las regiones, si bien no se ha logrado el objetivo de acceso universal para 2010 (UNITED NATIONS, 2012a, p. 38-42). No obstante, los avances relativos a la igualdad entre los géneros todavía son modestos, ante una persistente discriminación en el acceso a la educación, el trabajo, los bienes económicos y la participación en el gobierno (UNITED NATIONS, 2012a, p. 20-25). Si bien la pobreza en términos de ingresos ha disminuido, la lucha contra el hambre se encuentra estancada por los lentos avances en la reducción de la desnutrición infantil (UNITED NATIONS, 2012a, p. 72). A casi la mitad de la población de las regiones en desarrollo le sigue faltando

acceso a mejores servicios de saneamiento y, para 2015, el mundo habrá alcanzado una cobertura de sólo el 67 por ciento, que dista del 75 por ciento requerido para lograr la meta de los ODM (UNITED NATIONS, 2012a, p. 52-57).

3 Delimitar el campo de juego: el diálogo ODM-derechos humanos

El punto de atención que hemos escogido es la iniciativa de los ODM, ya que son la lente perfecta para evaluar el estado del debate sobre los derechos humanos y el desarrollo. En la última década se ha escrito mucho sobre los puntos de superposición y complementariedad entre los derechos humanos, los ODM y el discurso de desarrollo en términos más generales. Al nivel más “esencial”, los derechos humanos y el desarrollo humano comparten el objetivo ulterior de promover el bienestar humano, y ambos se arraigan filosóficamente en la idea de desarrollar capacidades que permitan a los individuos llevar una vida libre y digna (UNITED NATIONS, 2007a). Más aún, la mayoría de los ODM pueden ser reformulados en función de las normas internacionales sobre derechos humanos relativas a los derechos económicos, sociales y culturales tal como los consagra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En 2001, el Secretario General de la ONU declaró públicamente que “los derechos económicos, sociales y culturales están en el centro de todos los Objetivos de Desarrollo del Milenio” (UNITED NATIONS, 2001). Los mismos se pueden identificar como el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda, el derecho al agua y al saneamiento y el derecho a tener un nivel de vida adecuado. Si tomamos el derecho a la salud como ejemplo podemos observar que casi la mitad de los ODM se centran en temas relacionados con la salud que, a su vez, se conectan con aspectos fundamentales del derecho a la salud (específicamente el ODM 4, el 5 y el 6). Asimismo, la mayoría de los demás ODM se ocupan de los llamados “determinantes subyacentes” de la salud, como el hambre, la educación, la igualdad entre los géneros, el empoderamiento de la mujer y el acceso al agua potable segura y al saneamiento (ZAIDI, 2010, p. 122).

El Objetivo 1 es la erradicación de la pobreza extrema, y podría percibirse que sus metas asociadas reflejan el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo y el derecho a la alimentación. La importancia del derecho a la educación es evidente en el Objetivo 2, del mismo modo en que lo es el derecho al agua y al saneamiento en la Meta 7.C. y el derecho a una vivienda adecuada en la Meta 7.D.¹ También se ha trazado un paralelo entre el Objetivo 8, que aboga por la creación de una sociedad global para el desarrollo, y las obligaciones de asistencia y cooperación internacionales previstas en el artículo 2(1) del PIDESC (SEPULVEDA and NYST, 2012; SEPULVEDA, 2009). La superposición precedente ha sido definida en la bibliografía pertinente como una convergencia “fáctica”, ya que la intersección de los dos paradigmas no implica automáticamente que las metas de los ODM vayan a estar alineadas a nivel *sustantivo* con las correspondientes obligaciones de derechos humanos

(MCINERNEY-LANKFORD, 2009, p. 52-53). En palabras de otro especialista, para dilucidar la relación multifacética entre el desarrollo y los derechos humanos se necesita más que un simple enunciado de que uno “automáticamente implica, equivale a, o incluye al otro” (UVIN, 2002, p. 3).

A pesar de los elementos de convergencia fáctica, la convergencia práctica se da en forma lenta (ALSTON, 2005, p. 762). Desde la perspectiva de la comunidad de los derechos humanos, en el transcurso de la última década se han postulado varias razones para explicar este grado de separación. Algunas de las preocupaciones mencionadas con mayor frecuencia respecto de los ODM son su:

Naturaleza tecnocrática y reduccionista, su falta de ambición, no haber abordado las causas subyacentes de la pobreza, no haber tomado en cuenta las obligaciones relativas a los derechos sociales, su insensibilidad al género, su falta de atención a la pobreza en los países ricos, sus deficientes mecanismos de rendición de cuentas [...] la naturaleza potencialmente distorsiva de las políticas impulsadas por objetivos, y la propensión de los ODM a ‘robarle’ atención a temas importantes que no llegaron a formar parte de la lista global.

(DARROW, 2012, p. 60. Ver también: UNITED NATIONS, 2010; YAMIN, 2010; SAITH, 2006; AMNESTY INTERNATIONAL, 2010; CLEMENS et al., 2004; LANGFORD, SUMNER and YAMIN, 2010; POGGE, 2004; MCINERNEY-LANKFORD, 2009; LANGFORD et al., 2012).

Otros críticos puntualizan que parecen desestimarse los derechos civiles y políticos (ALSTON, 2005), que las metas se diseñan e implementan en forma vertical descendente (YAMIN, 2012), y que los datos totales y los promedios que manejan los ODM en realidad ocultan las desigualdades y por lo tanto podrían profundizarlas (UNITED NATIONS 2010).

No obstante, una de las críticas más ampliamente reconocidas que se hace a la iniciativa de los ODM es que, mayormente, hizo caso omiso de los derechos humanos desde su concepción, tanto en la conceptualización como en la articulación de los objetivos: los ODM no hacen referencia directa a los derechos humanos, ni a los tratados internacionales sobre derechos humanos. La Declaración del Milenio, el documento formal sobre el que se basan los ODM, hace referencias sustanciales a los derechos humanos y contiene el compromiso de respetar “todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho al desarrollo” (UNITED NATIONS, 2000). Sin embargo, los ODM propiamente dichos no están expresados en el lenguaje de los derechos humanos ni abogan por un desarrollo con un enfoque basado en los derechos (ALSTON, 2005; LANGFORD, 2010). La conclusión que parece haberse extraído con frecuencia es que la convergencia, tanto fáctica como práctica, en definitiva es limitante si queda confinada a un nivel superficial, retórico, o si no se sustenta en normativas vinculantes que generen obligaciones (MCINERNEY-LANKFORD, 2009, p. 54).

En respuesta a dichas críticas, en años recientes ha surgido una extensa bibliografía sobre la importancia de que las iniciativas de desarrollo, entre las

que claramente se cuentan los ODM, se implementen de manera de respetar los derechos humanos, y sobre la necesidad de usar las obligaciones y técnicas de derechos humanos como herramientas legales concretas para promover la consecución de los objetivos (SANO, 2007; KURUVILLA et al., 2012). Se ha argumentado en particular que los derechos humanos, en especial los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), aportan no sólo “principios rectores” sino “estrategias operativas” concretas para abordar los problemas centrales que debe enfrentar el desarrollo: la pobreza, el hambre, la vida en barrios marginales, la falta de educación, la desigualdad entre los géneros y la falta de empoderamiento de la mujer, la mortalidad infantil, los problemas de salud materna, el agua potable y la necesidad de una sostenibilidad ambiental (UNITED NATIONS, 2002); (UNITED NATIONS, 2008).

4 Los derechos humanos y los ODM: ¿Siguen siendo barcos que se cruzan en la oscuridad?

A pesar de las críticas expresadas por los defensores de los derechos humanos debe reconocerse que, por lo menos en los papeles, el Documento Final de la Cumbre Mundial 2010 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio marcó un cambio significativo en el discurso. El Documento Final reconoce explícitamente que el “respeto por todos los derechos humanos” es un requisito previo fundamental para el logro de los ODM y para el desarrollo en general (UNITED NATIONS, 2010a). El Documento reafirma el compromiso de los Estados Miembros de la ONU de “[seguir] guiándonos por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, respetando plenamente el derecho internacional y sus principios” (UNITED NATIONS, 2010a). Esos compromisos figuran en la introducción del documento y se repiten a lo largo del texto.

Aún a pesar de la inclusión formal de compromisos por los derechos humanos, podemos preguntarnos si esto representa un verdadero progreso hacia una convergencia sustancial o si la adhesión sigue siendo meramente retórica. Si consideramos que falta poco para el año 2015, la falta de acciones prácticas en la última década que realmente sitúen a los ODM en un marco de derechos humanos y les otorgue a los derechos humanos una significación operativa concreta parece estar indicándonos que se han perdido oportunidades. Los derechos humanos, en todo caso, parecen formar parte de una “retórica política general” en lugar de ser obligaciones legales concretas derivadas de convenios internacionales vinculantes (MCINERNEY-LANKFORD, 2009, p. 59). En conclusión, si bien lamentablemente la metáfora de P. Alston sobre los “barcos que se cruzan en la oscuridad” podría seguir siendo una descripción adecuada del diálogo entre los derechos humanos y el desarrollo (ALSTON, 2005), se pueden identificar algunas formas de avanzar en términos de reafirmación mutua dentro de la órbita de los actores de los derechos humanos. En este sentido, la sección siguiente revela el aporte que han hecho los titulares de mandato de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas para colocar a los compromisos por los derechos humanos en el núcleo central del desarrollo.

5 Los relatores especiales y especialistas independientes y los ODM

5.1 *El mandato de los relatores especiales y especialistas independientes de la ONU*

Los titulares de mandato de los procedimientos especiales de la ONU sobre derechos humanos son llevados adelante por expertos independientes que reciben del Consejo de Derechos Humanos el mandato de promover y proteger los derechos humanos. Incluyen relatores especiales, expertos independientes, representantes especiales del Secretario General y grupos de trabajo. Sus mandatos pueden ser temáticos, por ejemplo la tortura o el derecho a la alimentación, o bien cubrir todos los derechos humanos en un país en particular.

Los primeros procedimientos especiales fueron creados en las décadas de 1970 y 1980 por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU para promover y proteger los derechos civiles y políticos (NIFOSI, 2005, p. 16). En 2006, el Consejo de Derechos Humanos reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos, con la responsabilidad general de mejorar la protección y promoción de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. El mandato del Consejo de Derechos Humanos se basó en el reconocimiento de que el “desarrollo y los derechos humanos son los pilares del sistema de Naciones Unidas, y [...] que el desarrollo, la paz, la seguridad y los derechos humanos se relacionan entre sí y se refuerzan mutuamente” (UNITED NATIONS, 2006).

El Consejo de Derechos Humanos mantuvo el sistema de procedimientos especiales y hoy, de los treinta y cinco titulares de mandato de procedimientos especiales temáticos que existen, ocho se ocupan específicamente de los DESC y temas relacionados: el Relator Especial (RE) sobre el derecho a la educación (1998), la RE sobre los derechos humanos y la pobreza extrema (1998), el RE sobre el derecho a una vivienda adecuada (2000), el RE sobre el derecho a la alimentación (2000), el Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa (2000), el RE sobre el derecho a la salud (2002), la RE sobre el derecho al agua y al saneamiento (2008) y el Experto Independiente en el campo de los derechos culturales (2009). Asimismo, algunos procedimientos especiales tienen un mandato interdisciplinario que implica abordar los derechos económicos, sociales y culturales.²

Se han propuesto diversas tipologías para describir los métodos empleados por los relatores y especialistas en su trabajo. En 2005, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) enumeró las siguientes actividades: visitas a países o misiones para la recolección de datos; envío de comunicaciones a gobiernos; preparación de estudios temáticos; recomendación de programas de cooperación técnica; e interacción con los medios (UNITED NATIONS, 2005a). En artículos recientes, se han descrito sus actividades en términos de la promoción y la protección de los derechos humanos y la realización de misiones a países (GOLAY., MAHON

and CISMAS, 2011; PICCONE, 2012). El enfoque no confrontativo que rige las actividades de los relatores y especialistas puede colocarlos en una posición de privilegio, ya que logra que se encuentren en un punto intermedio entre el discurso de los derechos humanos, con su contenido normativo legalmente vinculante, y el discurso del desarrollo, con su énfasis en la asistencia y cooperación técnicas. La combinación de habilidades legales y diplomáticas otorga a los relatores y especialistas la flexibilidad que necesitan para sostener el diálogo relativo a los programas de desarrollo y los ODM con una variedad de grupos interesados en el ámbito público y privado (DOMÍNGUEZ REDONDO, 2009, p. 38).

Pasando al tema que nos ocupa, puede destacarse a los relatores especiales, especialistas independientes y otros titulares de mandato relacionados a los procedimientos especiales de la ONU, de entre los actores de los derechos humanos de la Organización, como los que más activamente buscan zanzar las distancias conceptuales y prácticas que separan a los derechos humanos de los ODM. Han desempeñado un papel muy importante en términos tanto de clarificar el marco para el análisis de la relación entre los derechos humanos y los ODM, en lo que se relacione con sus áreas de especialidad, como de proponer maneras concretas en que el enfoque de los derechos humanos puede aportar beneficios tangibles a las iniciativas de desarrollo. Una década atrás, los relatores y especialistas formalmente acogieron los esfuerzos de las Naciones Unidas por implementar los ODM y expresaron su predisposición a ayudar y contribuir al proceso a través de las funciones de sus mandatos (UNITED NATIONS, 2002). Sin embargo, en aquel momento sus mandatos no contemplaban la competencia explícita de analizar la relación entre los derechos humanos y el desarrollo. Sólo el primer RE sobre el derecho a la salud, P. Hunt, documentó en 2004 y por iniciativa propia la relación entre el derecho a la salud y los ODM correspondientes (UNITED NATIONS, 2004a). La ausencia de un mandato claro puede ser uno de los motivos que explican las observaciones de P. Alston, quien comentó desilusionado que, en aquel momento, el discurso de los ODM era “apenas visible” en el trabajo de los relatores y especialistas, y que no se había realizado un examen exhaustivo de los ODM.

En años recientes, el Consejo de Derechos Humanos ha ampliado los mandatos de determinados relatores y especialistas para incluir la facultad de hacer recomendaciones sobre estrategias para alcanzar los ODM.³ Un análisis de los informes presentados por algunos relatores y especialistas revela que la situación ha cambiado bastante respecto de la descripción de Alston: ahora se puede decir que los ODM y las consideraciones más generales sobre el desarrollo ya no se mencionan o insertan como meros comentarios superficiales sino que, más bien, se han realizado análisis exhaustivos y el tema ha sido estudiado minuciosamente. Puede considerarse que éste es el rumbo correcto, especialmente si se lo mira en el contexto de las constantes exhortaciones sobre la necesidad de “integración, transversalidad, colaboración y análisis” entre los dos campos (UVIN, 2002, p. 1) y de la falta de un verdadero diálogo que se describe más arriba.

5.2 *Análisis de los relatores y especialistas de la ONU sobre la relación entre los derechos humanos y los ODM*

El análisis realizado por los relatores y especialistas se basa en la convicción de que las medidas tomadas para alcanzar los ODM se benefician al estar firmemente incorporadas a los marcos legales e institucionales sobre derechos humanos. En función de dichos marcos, los beneficiarios de las medidas relacionadas con los ODM se convierten en titulares de derechos, y los Estados y otros actores del desarrollo tienen la responsabilidad de asignar recursos de manera de respetar los derechos humanos (UNITED NATIONS, 2010b, para. 69). En un artículo publicado en *The Guardian* el 21 de septiembre de 2010 en ocasión de la reunión de líderes mundiales en Nueva York para la Cumbre sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio, el RE sobre el derecho a la alimentación, O. de Schutter, comentó que la “deficiencia más importante de los ODM es que omiten reconocer que los derechos humanos son esenciales para cualquier estrategia de desarrollo sostenible”. Para el Relator Especial de la ONU:

Los 1.000 millones de personas hambrientas del mundo no deben ser objeto de caridad: tienen el derecho humano a alimentos suficientes y los gobiernos tienen los deberes correspondientes, consagrados en las normas internacionales sobre los derechos humanos. Se debe pedir a los gobiernos que se toman en serio la tarea de lograr avances con vistas a la consecución de los objetivos de desarrollo que aprueben un marco legislativo para hacer realidad los derechos económicos y sociales, como, por ejemplo, el derecho a la alimentación y el derecho a la atención de la salud.

(DE SCHUTTER, 2010).

Pueden encontrarse otros ejemplos de este compromiso central en informes de los RE sobre salud, educación, y derechos humanos y pobreza extrema. El RE sobre el derecho a la salud, A. Grover, abogó por un enfoque al desarrollo centrado en “reclamos y no en la caridad”, y explicó que, al reformular los temas del desarrollo mediante la incorporación de un marco de derechos humanos se produce un cambio hacia un “enfoque más autosostenible que le imprima una verdadera entidad a los objetivos del desarrollo”, lo que facilita la efectividad de todo un conjunto de derechos anteriormente considerados “secundarios o menos realizables” (UNITED NATIONS, 2011, para. 49). Al compartir esta opinión, la RE sobre derechos humanos y la pobreza extrema usó un ejemplo ilustrativo muy práctico: si los Estados se ocupan sólo de alcanzar el Objetivo 2, es decir la educación primaria universal, entonces las políticas destinadas a aumentar la cantidad de niños inscriptos en la escuela deberían *prima facie* resultar suficientes para alcanzar los objetivos propuestos (UNITED NATIONS, 2010b, para. 71). Sin embargo, la indiferencia por consideraciones como la calidad y el acceso igualitario a la educación constituyen uno de los principales problemas de estas políticas. Si, por el contrario, las políticas de los Estados se ocuparan de las circunstancias que impiden que los niños tengan acceso a servicios educativos – como prácticas discriminatorias, pobreza o la falta de infraestructura –, entonces los Estados

no sólo habrían alcanzado el ODM pertinente sino que habrían mejorado sustancialmente el bienestar de los individuos en cuestión y habrían avanzado en el cumplimiento de sus compromisos de derechos humanos (UNITED NATIONS, 2010b, para. 71).

En su Declaración Conjunta sobre los ODM en 2002, los relatores y especialistas sobre DESC y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales coincidieron en que el papel central desempeñado por los derechos humanos en las iniciativas de desarrollo tiene varias características: ofrecer un fuerte marco normativo, reforzado por obligaciones legales vinculantes; aumentar el nivel de empoderamiento y participación de los individuos; asegurar la no discriminación y la atención de grupos vulnerables; ofrecer medios de monitoreo y rendición de cuentas de las diversas partes interesadas involucradas en el proceso de desarrollo mediante mecanismos independientes; y reforzar lo que se ha dado en llamar los “principios solidarios” de la equidad global y la responsabilidad compartida (UNITED NATIONS, 2002). Un análisis de los informes que se ocupan de los ODM y el desarrollo revela que los parámetros utilizados por los relatores especiales como contenedores conceptuales reflejan los principios arriba mencionados, con énfasis en la no discriminación, la rendición de cuentas y la participación. Como quedará claro en las subsecciones siguientes (5.2.1, 5.2.2 y 5.2.3), estos tres principios clave resultan efectivos si rigen todas las fases del proceso de programación, desde la evaluación y el análisis hasta el diseño y la planificación de políticas y programas (incluidos la fijación de metas, objetivos y estrategias), la implementación, la supervisión y la evaluación (UNITED NATIONS, 2003a).

Debemos puntualizar que los ODM son objetivos a ser alcanzados progresivamente, a lo largo del tiempo. La legislación de derechos humanos, específicamente en lo relativo a los DESC, también comprende el principio de realización progresiva de dichos derechos. Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el órgano encargado de interpretar y supervisar la implementación del PIDESC, declaró que determinadas obligaciones en virtud del PIDESC son de aplicación inmediata. De esta forma, al implementar políticas y programas relacionados con los ODM, los Estados y los actores del desarrollo deben tener cuidado de no socavar el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos de naturaleza inmediata, ni demorar sin razón el cumplimiento de las obligaciones de naturaleza progresiva (UNITED NATIONS, 2011, para. 19). En su trabajo relativo a los ODM, a menudo los relatores y especialistas han abogado por el uso de indicadores para supervisar su consecución progresiva, y han insistido en la necesidad de mejorar la eficiencia de la cooperación y asistencia internacionales (ver las subsecciones 5.2.4 y 5.2.5).

5.2.1 Principio de no discriminación

Como mencionamos anteriormente, una de las falencias de los ODM citadas con mayor frecuencia es su formulación agregada, que esconde las preocupaciones específicas de individuos o grupos propensos a sufrir la discriminación,

marginación, exclusión o vulnerabilidad. Apenas visible en el Objetivo 3 sobre la promoción de la igualdad entre los géneros, la redacción de los ODM por lo general omite ocuparse de la discriminación social y de la exclusión de las minorías y los grupos marginados (UNITED NATIONS, 2007b, para. 59) a pesar de que éstos están reconocidos en la Declaración del Milenio (UNITED NATIONS, 2000). Al momento de elaboración del presente artículo (julio de 2012), el único Informe sobre los ODM del Secretario General referido a la consecución de los ODM relativos a las minorías y los pueblos indígenas es el de 2005. En este informe se hace una referencia pasajera en el contexto del Objetivo 2, en la cual se puntualiza que un porcentaje mayor de niños pertenecientes a minorías o pueblos indígenas no está inscripto en la escuela (UNITED NATIONS, 2005b). Esta referencia es genérica y no menciona de ninguna otra forma a los grupos específicos en cuestión. Por este motivo, en el diseño de las políticas de desarrollo, los actores del desarrollo deben identificar y ocuparse de los focos de marginación y exclusión. Asegurar que estas personas sean consideradas titulares de derechos en las políticas de desarrollo puede contribuir a desarticular los patrones de discriminación que enfrentan muchas de ellas.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, un verdadero compromiso con la no discriminación requiere que se desagregue la recolección de datos en función de las causas prohibidas de la discriminación. Al programar el desarrollo también debería contemplarse el empleo de esos datos, lo cual puede jugar un papel decisivo en la identificación de los grupos o personas marginados o más vulnerables. No adoptar ese enfoque podría contribuir a mantener invisibles a las categorías arriba mencionadas y a ampliar la brecha que separa a los que viven en la pobreza extrema y los que viven cerca de la línea de la pobreza (UNITED NATIONS, 2010c, para. 36; UNITED NATIONS, 2007b, para. 22). Analicemos un ejemplo del trabajo de los relatores: al considerar los desalojos forzosos, el RE sobre el derecho a una vivienda adecuada observó con preocupación que la discriminación parece desempeñar un papel considerable en los casos de desalojos forzosos, ya que es mucho más probable que sean las minorías étnicas, religiosas, raciales y de otro tipo, y también los pueblos indígenas los que sean desalojados (UNITED NATIONS, 2004b, para. 39). Además, las mujeres de los grupos minoritarios padecen consecuencias severas como resultado de los desalojos forzosos. Estas consecuencias se reflejan no sólo en la pérdida de hogares, sino también en la alteración de “los medios de ganarse el sustento, las relaciones y los sistemas de apoyo a los que estaban acostumbradas, el quebrantamiento de los lazos familiares, el trauma físico y psicológico e incluso mayor morbilidad y mortalidad” (KOTHARI, 2006).

Los informes sobre ODM reflejan una fuerte preocupación respecto del análisis de las disparidades entre las zonas urbanas y las rurales. No obstante, hay más por hacer, ya que las causas de discriminación basadas en el género, la raza, la discapacidad, las creencias políticas y religiosas o la edad deben ser incorporadas a cualquier análisis serio de las prácticas discriminatorias. Sobre este base, la RE sobre el derecho al agua y el saneamiento identificó en la Meta 7.C (reducir a la mitad, para 2015 la proporción de personas sin acceso sostenible al

agua potable segura y saneamiento) ciertos grupos que podrían ser potencialmente más vulnerables o estar más marginados:

Las mujeres, los niños, los habitantes de zonas rurales y de zonas urbanas desfavorecidas así como otras personas pobres, las comunidades nómades e itinerantes, los refugiados, los migrantes, las personas que pertenecen a minorías étnicas o raciales, las personas de edad avanzada, los grupos indígenas, las personas que viven con discapacidad, las personas que viven en regiones donde hay escasez de agua y las personas que viven con el VIH/SIDA.

(UNITED NATIONS, 2010c, para. 38).

Del mismo modo, en muchos de sus informes, el primer RE sobre el derecho a la alimentación, J. Ziegler, hizo considerable énfasis en la necesidad de proteger a los grupos más vulnerables. Entre otras cosas, se concentró en la elaboración del marco legal del derecho a la alimentación en relación con las mujeres, los niños, los pueblos indígenas, los agricultores y campesinos, los pescadores y los refugiados del hambre (ZIEGLER et al., 2011, p. 23-67).

Asimismo, se debe abordar el tema de las múltiples formas de discriminación que afectan a las mujeres, como así también las relaciones de poder asimétricas en los ámbitos público y privado. Por lo tanto, la implementación de programas de desarrollo debe estar precedida de análisis de género integrales y desagregados que evalúen la vulnerabilidad de mujeres, niñas, niños y hombres. La sensibilidad de género al programar la consecución de los ODM contribuye no sólo a alcanzar los objetivos específicos, sino también a mitigar las causas profundas de los fenómenos abordados por los objetivos, entre otros, la pobreza extrema, el analfabetismo, la mortalidad infantil o las desigualdades entre hombres y mujeres. Para ilustrar el énfasis que los relatores y especialistas ponen en el análisis de género, cabe mencionar el llamado hecho por la RE sobre derechos humanos y la pobreza extrema, abogando por una mayor visibilidad de los temas específicos de género y por el reconocimiento de la igualdad entre los géneros como objetivo del desarrollo.

Los esfuerzos por sacar a la luz la condición de los grupos desfavorecidos, marginados o discriminados no deberían limitarse a abordar los casos de discriminación directa. Los relatores especiales y especialistas independientes de la ONU requieren que se procure asegurar una igualdad substantiva en el goce y el ejercicio de los derechos humanos para todos. Deben abordarse las prácticas sociales, los estereotipos o las medidas legislativas y las políticas que pudieran impedir que ciertos individuos o grupos gocen de los derechos humanos. En este sentido, la RE sobre derechos humanos y la pobreza extrema documentó las dificultades de las minorías o personas que viven en la pobreza extrema para acceder a programas de protección social, debido al requisito de presentar costosos documentos de identificación, o partidas de nacimiento en zonas donde no se registran los nacimientos (UNITED NATIONS, 2010b, para. 77). Este ejemplo destaca la importancia de analizar las implicancias de los programas de desarrollo para las comunidades locales, y la necesidad de integrar los derechos humanos al diseño de las medidas tomadas para implementar dichos programas.

5.2.2 Rendición de cuentas*

La rendición de cuentas es, sin lugar a dudas, la piedra fundamental o la “razón de ser” del enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos (UNITED NATIONS, 2008a, p. 15), y se ha argumentado que es el elemento que “ofrece el más claro valor agregado” (GREADY, 2009, p. 388). Como es de esperar, la mayoría de los relatores especiales y especialistas independientes han abordado el tema al ocuparse de los ODM. Queda fuera del alcance de este artículo adentrarse en los múltiples niveles y vías de la rendición de cuentas en el contexto de los derechos humanos. Sin embargo, en su forma más simple, la rendición de cuentas desde la perspectiva de los derechos enfatiza las obligaciones legales y “exige que todos los sujetos de obligaciones rindan cuenta de su conducta” (UNITED NATIONSa, 2004, para. 36). Un enfoque basado en los derechos considera los deberes de “todos los actores relevantes, incluidos individuos, Estados, organizaciones y autoridades locales, compañías privadas, donantes de ayuda e instituciones internacionales” (DARROW; TOMAS, 2005, p. 511).

Si volvemos a analizar las características de los ODM que hacen que el proyecto no conviva cómodamente con los derechos humanos, la crítica sobre la “deficiente rendición de cuentas” queda bien alta en la lista, y parte de los contratiempos o la falta de avances respecto de los ODM se han atribuido a este vacío. El marco de supervisión establecido en virtud de los ODM está constituido principalmente por un esquema de informes voluntarios que tiene más que ver con el suministro de información y con “lograr una mayor sensibilización” que con imponer la rendición de cuentas a los Estados y a otros actores relevantes (UNITED NATIONS, 2004, para. 39). Además, existe un reconocimiento cada vez mayor de que resultará difícil alcanzar los ODM sin mecanismos fuertes que exijan que las partes rindan cuenta de su desempeño (o falta de desempeño) respecto de los objetivos, dado que “la rendición de cuentas sin consecuencias no es una verdadera rendición de cuentas” (OHCHR; CESR, 2011, p. 3). Nuevamente, al menos en lo formal, se ha reconocido esta importante traba: en 2010, el Secretario General de la ONU declaró que:

Ha llegado la hora de crear un mecanismo de rendición de cuentas entre los países desarrollados y en desarrollo [...] y entre los gobiernos y sus ciudadanos, para garantizar el cumplimiento de los compromisos reflejados en los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

(UNITED NATIONS, 2010a, para. 97).

Por estos motivos, los RE por lo general coinciden en que los mecanismos de derechos humanos pueden ajustarse al requerimiento de fortalecer la rendición de cuentas cuando se trata de los ODM. El RE sobre el derecho a la salud observó que los mecanismos existentes de rendición de cuentas sobre derechos humanos no sólo podrían examinar las acciones de los Estados en la implementación de los

*Nota de la editora: Será utilizada la expresión “Rendición de cuentas” para hacer referencia al término en inglés accountability.

ODM, sino que también constituirían un “recordatorio constante de la importancia decisiva que reviste la rendición de cuentas en relación con los Objetivos de Desarrollo del Milenio” (UNITED NATIONS, 2004a, paras. 40-41). Puede observarse un acuerdo general entre los relatores y especialistas de la ONU en el sentido de que los programas relativos a los ODM que no respeten los derechos humanos de sus beneficiarios deben ser sometidos al control de mecanismos judiciales, cuasi judiciales o administrativos que sean independientes y efectivos. La disponibilidad de esos mecanismos y su accesibilidad por parte de todos los miembros de la sociedad implica que todos los individuos son actores iguales del desarrollo y que tienen derecho a una reparación cuando se ven vulnerados sus derechos. Los mecanismos de rendición de cuentas deben cumplir determinados requerimientos técnicos, particularmente para asegurar que los individuos más desfavorecidos y marginados tengan acceso a ellos. Tales requerimientos incluyen “garantizar la confidencialidad, permitir las denuncias individuales y colectivas, contar con los recursos suficientes, ser independientes de la injerencia política y tener en cuenta las cuestiones culturales y de género” (UNITED NATIONS, 2010b, para. 91). Según la RE sobre el agua y el saneamiento, los tribunales nacionales, las instituciones nacionales de derechos humanos, las auditorías del gasto público o las evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos, como así también los órganos creados por los tratados y los procedimientos especiales de las Naciones Unidas pueden aportar una dimensión crucial de rendición de cuentas a los mecanismos de control de los ODM ya existentes (UNITED NATIONS, 2010c, para. 54; UNITED NATIONS, 2004a, paras. 37-41).

Al procurar abordar el tema de la rendición de cuentas también se han analizado dimensiones que trascienden las fronteras nacionales. Por ejemplo, P. Hunt expresó preocupación en el sentido de que la rendición de cuentas es especialmente débil en relación con el Objetivo 8 (una sociedad global para el desarrollo), ya que el esquema existente de control de los ODM parece estar desequilibrado ejerciéndose un mayor control sobre los países en desarrollo, mientras que los países desarrollados eluden la rendición de cuentas cuando incumplen sus compromisos internacionales (UNITED NATIONS, 2004a, para. 43).

La conclusión que se puede extraer del debate precedente es una clara invitación de los relatores especiales y especialistas independientes de la ONU a pensar con mayor detenimiento en el desarrollo de un marco de rendición de cuentas más apropiado, efectivo, transparente y accesible, en ausencia del cual se socava gravemente la posibilidad de alcanzar los objetivos de desarrollo.

5.2.3 Participación

Otro de los requisitos centrales del enfoque basado en los derechos tiene que ver con la existencia de procesos participativos genuinos que incluyan a todos quienes participen y se vean afectados por los programas y estrategias de desarrollo. Los RE no sólo advierten que los programas de desarrollo pueden exhibir dimensiones participativas, sino que además señalan que las comunidades locales participan de manera incoherente y tienen relaciones de poder desequilibradas (UNITED

NATIONS, 2011a, para. 51). Esta observación también puede desprenderse de una lectura del Documento Final 2010, que refleja incertidumbre respecto de si la participación se avizora solamente como una cuestión de privilegios en los programas de desarrollo o como un derecho humano de plena aplicación.

El RE sobre el derecho a la salud declaró que la participación contribuye a que los miembros de la comunidad que pertenecen tanto a los grupos mayoritarios como a los minoritarios, marginados o vulnerables sientan el programa como propio (UNITED NATIONS, 2011a, para. 51). En este sentido, la Experta Independiente en cuestiones de las minorías abogó por el establecimiento de un diálogo significativo con los representantes de las comunidades minoritarias en el contexto de comités asesores u órganos consultivos similares (UNITED NATIONS, 2007b, paras. 85, 104). Así, la participación no se confina a las consultas, ni a asegurar la mera presencia de quienes sufren discriminación, marginación o quedan excluidos de la toma de decisiones. En las estructuras locales encargadas de la toma de decisiones hace falta mejorar la eficiencia de los esquemas efectivos de participación (UNITED NATIONS, 2004a, para. 25) y apoyarlos con transparencia y acceso oportuno a la información (UNITED NATIONS, 2011a, para. 18h). Por lo tanto, la participación desempeña un papel esencial cuando se trata de asegurar que las intervenciones destinadas al logro de los ODM sean “empoderadoras y transformadoras, y no el resultado de políticas estatales tecnocráticas y descendentes” (UNITED NATIONS, 2010b, para. 89).

Asimismo, quienes planifican el desarrollo también deben integrar métodos participativos sensibles al género. La participación real y significativa de las mujeres en el diseño de los programas y medidas de desarrollo y en las estructuras de toma de decisiones a nivel comunitario, regional y nacional es esencial para revertir situaciones recurrentes de discriminación, lograr la efectividad de los derechos de las mujeres y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer tal como lo consigna el Objetivo 3. Los relatores especiales y especialistas independientes de la ONU llaman a la concientización respecto de los desafíos que enfrentan las mujeres a la hora de convertirse en actores efectivos en los procesos de desarrollo. La RE sobre el agua y el saneamiento agregó que:

es necesario realizar un análisis de las causas políticas, económicas, culturales y sociales de la exclusión como parte de cualquier esfuerzo cabal por promover procesos verdaderamente participativos que presten especial atención a los niveles de alfabetización, las limitaciones relacionadas con el idioma, así como los obstáculos culturales y físicos

(UNITED NATIONS, 2010c, para 47).

5.2.4 El uso de los indicadores con fines de monitoreo y evaluación

La efectiva supervisión y evaluación es otra de las características del enfoque de desarrollo basado en los derechos humanos y los esfuerzos en este sentido deben estar sólidamente anclados en los principios de los derechos humanos. Para recabar e interpretar correctamente los datos desagregados, el proceso de establecer indicadores adecuados es crucial, no sólo en la etapa preliminar de

los programas de desarrollo cuando se evalúan las necesidades, sino también en la etapa de supervisión de la implementación de los proyectos en cuestión. Los recientes avances en los indicadores de derechos humanos, realizados bajos los auspicios de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, pueden ofrecer una base sólida y ser una fuente de inspiración para los fines de la supervisión, así como también un fuerte marco conceptual (OHCHR; CESR, 2011, p. 67). Un grupo de RE, como P. Hunt, C. de Albuquerque y K. Singh, ha contribuido significativamente al desarrollo de los indicadores en la medida en que se relacionan con los derechos asociados a sus mandatos.

Respecto de los ODM, el RE sobre el derecho a una vivienda adecuada hizo hincapié en que los indicadores utilizados para supervisar la implementación de los ODM no deben restringirse a las metas contenidas en dichos objetivos, sino que, en cambio, deberían “recoger el contenido normativo” de los derechos (UNITED NATIONS, 2003b, para. 53). La RE sobre el agua y el saneamiento resaltó que los indicadores empleados para supervisar el progreso en la consecución de la Meta 7.C no lograban reflejar la dimensión total del contenido normativo de los derechos humanos respecto de la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad, asequibilidad y calidad. Cuando se aplican estos criterios a los indicadores de los ODM, en palabras de la RE sobre el agua y el saneamiento, “el panorama es mucho más sombrío” (UNITED NATIONS, 2010c, para. 32). Por ejemplo, el acceso al agua potable segura y al saneamiento puede considerarse simplemente como el acceso físico al recurso pero, bajo el prisma de los derechos humanos, la accesibilidad física es sólo un aspecto de la cuestión. El acceso físico pierde sentido cuando las personas no pueden pagar los servicios de agua y saneamiento, o cuando las mujeres no pueden utilizar los servicios porque no hay espacios separados para hombres y mujeres o no se garantiza la privacidad (UNITED NATIONS, 2010c, para. 27). Además, la Experta Independiente sobre cuestiones de las minorías observó que la recolección de datos sobre la pobreza en base a encuestas individuales o por hogares no logra recoger las dimensiones grupales y sociales de la pobreza. La dinámica de la pobreza que atraviesa grupos no está bien representada en los análisis de las desigualdades verticales (UNITED NATIONS, 2007b, para. 39).

Los relatores especiales y los especialistas independientes son también conscientes de las dificultades de la compilación de datos correspondientes a los criterios de referencia e indicadores establecidos. Según la RE sobre el agua y el saneamiento, los datos sobre las personas que viven en asentamientos informales, los desplazados internos, determinadas minorías étnicas, los migrantes, las personas con discapacidad pueden no quedar adecuadamente reflejados en los censos nacionales, en los registros administrativos o en las encuestas por hogares (UNITED NATIONS, 2010c, para. 39). Para compilar datos desagregados puede hacer falta mucho tacto en los métodos utilizados dada la sensibilidad inherente a solicitar a las personas que declaren públicamente su etnia, religión, o idioma materno, especialmente en las zonas donde dichos elementos fueron objeto de prácticas discriminatorias o incluso de violencia (UNITED NATIONS, 2007b, para. 68). Las situaciones de emergencia y los conflictos también obstaculizan la recolección de datos y complican la evaluación de la ayuda humanitaria requerida (UNITED NATIONS, 2011b, para. 89).

Sin embargo, donde se recopilan datos, el proceso debe incluir a los miembros de la comunidad con métodos e indicadores que sean adecuados para las personas en cuestión. Así, los criterios de derechos humanos ofrecen una herramienta esencial para la formulación de indicadores, metas y criterios de referencia “más específicos y adecuados al contexto” (UNITED NATIONS, 2010c, para. 33) a fin de garantizar que los objetivos de desarrollo se alcancen en la práctica.

5.2.5 Asistencia y cooperación internacionales

La implementación de los derechos humanos y de los ODM depende de la suficiente provisión de recursos. En este sentido, el PIDESC estipula las obligaciones relativas a la cooperación y asistencia internacionales, mientras que los ODM, en particular el Objetivo 8, prevé el establecimiento de asociaciones globales para el desarrollo. La preocupación que comparten ambos marcos por garantizar el acceso a los recursos consolida la visión de que sólo mediante esfuerzos colectivos se podrán atender efectivamente los reclamos de las sociedades por problemas que afectan a las personas en todo el mundo. En ausencia de dichos recursos, la RE sobre el agua y el saneamiento observó no sólo que ciertos aspectos de la efectividad del derecho al agua siguen dependiendo de los recursos provenientes de la cooperación internacional, sino que además los avances en relación con la Meta 7.C son escasos a causa de la insuficiencia de recursos (UNITED NATIONS, 2010c, para. 20).

El RE sobre el derecho a la educación comparte una preocupación similar y reconoce el hecho de las restricciones relativas a los recursos se suman a los factores que impiden la plena efectividad del derecho a la educación y el avance hacia el logro de los Objetivos 2 y 3 (UNITED NATIONS, 2011b, paras. 4-6). El RE sobre el derecho a la educación añadió que este derecho, tal como lo estipula el PIDESC y el texto del Objetivo 2 y sus correspondientes metas y criterios de referencia, no deja duda de que es necesario eliminar todos los costos directos e indirectos que pudieran obstaculizar su efectividad (UNITED NATIONS, 2011b, para. 20). Además, el RE enfatizó que se debe considerar la necesidad de garantizar la igualdad entre los géneros a la hora de proveer recursos financieros.

La RE sobre derechos humanos y la pobreza extrema agregó que los Estados donantes deben asegurar la coordinación, la previsibilidad y una perspectiva de largo plazo en la prestación de asistencia (UNITED NATIONS, 2010b, para. 96), mientras que los Estados receptores están obligados a garantizar el uso óptimo y efectivo de los recursos (UNITED NATIONS, 2011b, para. 44) así como la distribución de los mismos teniendo en cuenta las disparidades socioeconómicas regionales (UNITED NATIONS, 2011b, para. 46) y las situaciones de emergencia (UNITED NATIONS, 2011b, para. 60). El Experto Independiente sobre deuda externa especificó que sólo los programas de ayuda con enfoques basados en los derechos humanos brindan suficientes garantías para enfrentar los desafíos de desarrollo en los países receptores y concomitantemente favorecen la protección de los derechos humanos de las personas en esos países (UNITED NATIONS, 2011c, para. 93). La aplicación de enfoques de derechos humanos en los programas de ayuda puede contribuir al logro de los ODM procurando eliminar al mismo

tiempo las causas profundas de la pobreza, desigualdad, discriminación, exclusión y desempoderamiento (UNITED NATIONS, 2011c, para. 93). Las recomendaciones que el Experto Independiente les hace a los Estados donantes se centran en la realización de evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos para su consideración en el diseño, implementación, supervisión y evaluación del avance de los programas de desarrollo (UNITED NATIONS, 2011c, para. 95). La RE sobre el agua y el saneamiento y el RE sobre el derecho a la salud también concuerdan en que las obligaciones que surgen en el marco de la cooperación internacional no se limitan a la asistencia financiera o técnica, sino que deben canalizarse hacia la creación de un ambiente que propicie la mitigación de las limitaciones de recursos (UNITED NATIONS, 2004a, para. 32).

5.3 Métodos empleados por los relatores especiales y especialistas independientes de la ONU

Habiendo examinado los principios que ofrecen los fundamentos conceptuales y normativos del análisis de los relatores especiales y especialistas independientes de la ONU, esta sección pretende explorar los métodos utilizados para realizar dichos análisis. La evaluación de la relación entre los derechos humanos y los ODM emprendida por los relatores y especialistas revela iniciativas individuales y también enfoques comunes respecto de la estructura de los informes temáticos, desarrollo de los argumentos, resultados y metodologías.

A fin de explorar la relación entre los derechos humanos y los ODM, los relatores especiales y especialistas independientes han recurrido a diversos métodos. En lo que respecta a las visitas a países, el Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa visitó Australia y las Islas Salomón en 2011 (UNITED NATIONS, 2011c) y Burkina Faso en 2008 (UNITED NATIONS, 2008b) con el objetivo principal de evaluar los programas de desarrollo nacionales y las políticas de implementación de los ODM respecto de la efectiva aplicación de los DESC.

Los diálogos iniciados por los relatores y especialistas a nivel nacional, junto con las recomendaciones derivadas de las visitas a países son sumamente valiosos dado que son específicos al contexto y ayudan a las autoridades nacionales, a las organizaciones de la sociedad civil y a otros organismos regionales e internacionales a comprender si los procesos emprendidos están integrando adecuadamente los derechos humanos y si procuran por igual alcanzar la efectividad de los derechos humanos y avanzar hacia el logro de los ODM. Estas recomendaciones también pueden constituir un punto de partida para otras políticas de promoción y defensa, así como también para medidas legislativas, políticas, administrativas o de otra índole.

Los relatores y especialistas también han incluido a varios actores y partes interesadas en los debates relacionados con los derechos humanos y los ODM en el contexto de la participación en seminarios, foros, consultas a nivel nacional, regional e internacional, y diálogos con organismos, programas y fondos de Naciones Unidas, así como también con la OACDH y los órganos creados por los tratados. En este sentido, la RE sobre el derecho al agua y al saneamiento ha

trabajado estrechamente con el Programa Conjunto de Monitoreo de la OMS/UNICEF para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento -el principal mecanismo de la ONU para evaluar el progreso realizado en la consecución del Objetivo 7- para ver cómo incorporar los criterios de derechos humanos en el desempeño de sus funciones de supervisión, prestando especial atención a la medición de la asequibilidad, la calidad del agua, la accesibilidad, y la no discriminación con el fin de garantizar que la supervisión del avance de los ODM evalúe el cumplimiento de las dimensiones normativas de las obligaciones relacionadas con los derechos humanos. Se informa que dicho esfuerzo también ha comenzado a allanar el camino para la elaboración de nuevos objetivos y metas con relación a la agenda de desarrollo con posterioridad a 2015 (OHCHR; CESR, 2011).

Los informes temáticos de los relatores especiales y especialistas independientes también han usado información proveniente de estudios de investigación y consultas con los actores nacionales. La Experta Independiente en cuestiones de las minorías fundamentó su análisis y recomendaciones sobre cómo abordar los desafíos que enfrentan los grupos minoritarios en el proceso de implementación de los ODM en un estudio integral de 50 informes de países sobre los ODM y en varios documentos sobre la estrategia para la reducción de la pobreza (UNITED NATIONS, 2007c). Otro método para obtener información concreta a nivel nacional sobre la implementación de los ODM consistió en el envío de cuestionarios a las autoridades nacionales. Este método fue utilizado por la RE sobre derechos humanos y la pobreza extrema y la Experta Independiente en cuestiones de las minorías (UNITED NATIONS, 2010b, para. 5; UNITED NATIONS, 2007b, para. 13). Solicitaron información sobre la legislación, políticas y prácticas para la identificación de los grupos más vulnerables e iniciativas específicas tomadas para responder a las necesidades identificadas con miras a garantizar la participación y la rendición de cuentas en el contexto de su tema de interés.

Algunos RE han participado activamente en negociaciones para promover los enfoques basados en los derechos humanos en la implementación de los ODM y los programas de desarrollo, en general. Desde el comienzo de su mandato en mayo de 2008, el RE sobre el derecho a la alimentación, O. De Schutter, ha instado a los Estados y a las organizaciones internacionales a integrar el derecho a una alimentación adecuada en sus respuestas a la crisis alimentaria global, que constituye una seria amenaza para el logro del ODM 1 (UNITED NATIONS, 2008c; UNITED NATIONS, 2009a). En mayo de 2008, convenció al Consejo de Derechos Humanos de que celebre un periodo extraordinario de sesiones sobre el derecho a la alimentación y la crisis alimentaria global, en el cual los Estados Miembros adoptaron una resolución por unanimidad, haciendo un llamado a la implementación de un enfoque basado en los derechos en la lucha contra el hambre (UNITED NATIONS, 2008d; UNITED NATIONS 2008e). Unos pocos meses después, en una reunión de alto nivel sobre seguridad alimentaria celebrada en Madrid el 27 de enero de 2009, el Secretario General de Naciones Unidas propuso agregar el derecho a la alimentación como una “tercera vía” en la estrategia para luchar contra la inseguridad alimentaria y la desnutrición.

6 Mirar hacia el futuro

Los relatores especiales y especialistas independientes también han demostrado estar dispuestos a comprometerse con la agenda del desarrollo posterior a 2015 y a otorgar una dimensión de derechos humanos a los nuevos objetivos, metas e indicadores del desarrollo humano. Más allá de las iniciativas individuales, varios RE y expertos independientes se reunieron con vistas a la realización de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Conferencia Río+20) celebrada en junio de 2012. Los relatores y especialistas redactaron una *Carta abierta* sobre la integración práctica de los derechos humanos en un marco de desarrollo sostenible (UNITED NATIONS, 2012b). Sus aportes se inspiran en el entendimiento de que las políticas que apuntan a la aplicación de los derechos humanos, particularmente los DESC, también fomentan el logro de los objetivos de desarrollo. En la carta instan a que el Documento Final de Río+20 incorpore *todos* los derechos humanos, con lo cual van más allá del enfoque temático centrado en derechos específicos. Los relatores y especialistas hacen hincapié en que la implementación de los compromisos emanados de la Cumbre Río+20 debe llevarse a cabo “mediante un proceso inclusivo, transparente y participativo con todas las partes interesadas pertinentes, incluida la sociedad civil” (UNITED NATIONS, 2012b). Además, proponen una serie de recomendaciones prácticas, incluido el establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas a niveles internacional y nacional para supervisar los objetivos acordados en la Conferencia Río+20.

A nivel internacional, los relatores y especialistas abogan por el establecimiento de un “Consejo de Desarrollo Sostenible” basado en el modelo del Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos, para supervisar los avances relativos a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que están siendo debatidos al momento de redacción del presente artículo. Del mismo modo, a nivel nacional, los titulares de mandato de los procedimientos especiales recomiendan el establecimiento de mecanismos participativos de rendición de cuentas “que permitan reflejar las opiniones de los ciudadanos y realizar una supervisión independiente” (UNITED NATIONS, 2012b). Para reforzar su opinión compartida, los RE O. De Schutter y C. de Albuquerque presentaron propuestas específicas que apuntan a asegurar la congruencia de los compromisos de Río+20 respecto de compromisos relativos al derecho a una alimentación adecuada y el derecho al agua potable segura y al saneamiento (UNITED NATIONS, 2012c; UNITED NATIONS, 2012d). M. Sepúlveda también contribuyó con una nota sobre el rol que la protección social integral basada en los derechos puede desempeñar para facilitar un desarrollo equitativo y sostenible (UNITED NATIONS, 2012e).

El aporte conjunto de los relatores especiales y especialistas independientes a las negociaciones celebradas en la Conferencia Río+20 expresó las preocupaciones relativas a los derechos humanos en el ámbito de un foro que convocaba a Estados Miembros y organismos de Naciones Unidas y a representantes del comercio y la industria, niños y jóvenes, agricultores, pueblos indígenas, ONG nacionales y autoridades locales.

7 Conclusión

Se reconoce ampliamente que los relatores especiales, especialistas independientes y otros titulares de mandato de los procedimientos especiales desempeñan un papel preponderante en la formulación del contenido normativo de los derechos humanos, y al mismo tiempo evalúan la forma en que los Estados cumplen con dichos derechos en la práctica, y proponen medidas concretas para mejorar el respeto de los mismos (PICCONE, 2012). Este rol brinda a los relatores y especialistas la oportunidad singular de tender un puente entre el trabajo normativo y los aspectos prácticos y operativos de la aplicación de los derechos humanos “en el terreno”. Esto, a su vez, ubica a los relatores y especialistas en una posición ideal para escudriñar la intersección entre los derechos humanos y el desarrollo.

Lo que ha surgido de nuestro estudio es la voluntad gradual pero firme de los relatores y especialistas de lidiar, si bien a niveles diferentes, con el desarrollo desde el punto de vista de los derechos humanos. En particular, lo que salió a la luz en el análisis es un compromiso de los relatores y especialistas de fortalecer el rol de los derechos humanos en el proceso de implementación de los ODM. Esto ha arrojado varios resultados positivos, entre los cuales podemos resaltar el delineamiento de un marco normativo basado en los derechos humanos para abordar el tema de los ODM y otras actividades de desarrollo, la identificación de los desafíos y obstáculos específicos y el reconocimiento de las mejores prácticas y de las oportunidades de cooperación más estrecha entre los relatores y especialistas responsables por los diferentes temas. Como consideración general, al realizar sus análisis, la mayor parte de los relatores y especialistas han intentado que los derechos no se constituyan en “declaraciones abstractas”, buscando acercarlos al “ámbito de la aplicación” (GREADY, 2009, p. 385).

Al responder a críticas relativas a la ausencia de un verdadero diálogo entre los derechos humanos y el desarrollo y a la falta de una cooperación práctica a ambos lados de la línea divisoria de la disciplina, este artículo esboza la forma en que una categoría de actores de los derechos humanos ha intentado trascender los debates retóricos e interactuar en forma concreta con la agenda del desarrollo. A un nivel más general, el artículo presenta un enfoque preliminar para buscar formas concretas en que los actores en el ámbito de los derechos humanos puedan tener injerencia en las iniciativas de desarrollo y allanar el terreno para una colaboración significativa, con la esperanza de que los actores del desarrollo, por su parte, se involucren con los mecanismos existentes provistos por la arquitectura internacional de los derechos humanos. El ardiente debate que se está produciendo sobre los posibles sucesores de los ODM después de 2015 y sobre cómo forjar un nuevo paradigma de desarrollo ofrece una nueva oportunidad para lograr un verdadero compromiso mutuo y para colocar a los derechos humanos en el centro mismo de la futura agenda del desarrollo global.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ALBUQUERQUE, Catarina de. 2012. Rio+20: now is time to work together to implement the human right to water and sanitation, 28 June 2012. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12304&LangID=E>>. Visitado el: 20 Jul. 2012.
- ALSTON, Philip. 2005. Ships passing in the night: the current state of the human rights and development debate seen through the lens of the Millennium Development Goals. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, MD, v. 27, No. 3, p. 755-829, Aug.
- AMNESTY INTERNATIONAL. 2010. From promises to delivery: putting human rights at the heart of the Millennium Development Goals. Disponible en: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/IO41/012/2010/en/9b4144aa-c964-4a08-ab92-6fb892cbfab5/ior410122010en.pdf>>. Visitado el: 10 Jul. 2012.
- DARROW, Mac. 2012. The Millennium Development Goals: milestones or millstones? Human rights priorities for the post-2015 development agenda. **Yale Human Rights and Development Law Journal**, New Haven, v. 15, p. 55-127, Mar. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1936678>. Visitado el: 10 Nov. 2012.
- DARROW, Mac; TOMAS, Amparo. 2005. Power, capture, and conflict: a call for human rights accountability in development cooperation. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, MD, v. 27, No. 2, p. 471-538, May.
- DE SCHUTTER, Olivier. 2010. Millennium Development Goals need more emphasis on human rights. **The Guardian**, London, 21 Sept. 2010. Disponible en: <<http://www.guardian.co.uk/global-development/poverty-matters/2010/sep/21/millennium-development-goals-olivier-de-schutter>>. Visitado el: 20 Jul. 2012.
- _____. 2012. **A buffer against more than just hunger: UN special rapporteur welcomes right to food in Rio+20**. 20 June 2012. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12257&LangID=E>>. Visitado el: 20 Jul. 2012.
- DOMÍNGUEZ REDONDO, Elvira. 2009. The Millennium Development Goals and the human rights based approach: reflecting on structural chasms with the United Nations system. **The International Journal of Human Rights**, London, v. 13, No. 1, p. 29-43, Feb.
- DOYLE, Cathal. 2009. Introduction: Millennium Development Goals and human rights: in common cause or uneasy partners? **The International Journal of Human Rights**, London, v. 13, No. 1, p. 5-9, Feb.
- GOLAY, Christophe; MAHON, Claire; CISMAS, Ioana. 2011. The impact of the UN special procedures on the development and implementation of economic, social and cultural rights. **The International Journal of Human Rights**, London, v. 15, No. 2, p. 299-318, Feb.

- GREADY, Paul. 2009. Reasons to be cautious about evidence and evaluation: rights-based approaches to development and the emerging culture of evaluation. **Journal of Human Rights Practice**, Oxford, v. 1, No. 3, p. 380-401.
- KABEER, Naila. 2006. Poverty, social exclusion and the MDGs: the challenge of “durable inequalities” in the Asian context. **IDS Bulletin**, Brighton, v. 37, No. 3, p. 64-78, July.
- KOTHARI, Miloon. 2006. **Statement by Mr. Miloon Kothari, Special Rapporteur on adequate housing, to the World Urban Forum III (19-23 June 2006) in Vancouver, Canada**. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=4724&LangID=E>>. Visitado el: 20 Jul. 2012.
- KURUVILLA, Shyama et al. 2012. The Millennium Development Goals and human rights: realizing shared commitments. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, MD, v. 34, No. 1, p. 141-177, Feb.
- LANGFORD, Malcolm. 2010. A poverty of rights: six ways to fix the MDGs. **IDS Bulletin**, Brighton, v. 41, No. 1, p. 83-91, Jan.
- LANGFORD, Malcolm; SUMNER, Andy; YAMIN, Alicia Ely (Eds.). [Forthcoming, 2012]. **The Millennium Development Goals and human rights: past, present and future**. Cambridge: Cambridge University Press.
- MCINERNEY-LANKFORD, Siobhán. 2009. Human rights and development: a comment on challenges and opportunities from a legal perspective. **Journal of Human Rights Practice**, Oxford, v. 1, No. 1, p. 51-82, Mar.
- NIFOSI, Ingrid. 2005. **The UN special procedures in the field of human rights**. Antwerpen; Oxford: Intersentia.
- OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS; CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS. 2011. **The Millennium Development Goals: who’s accountable? Expert consultation on the joint project between OHCHR and CESR Geneva, 2-3 November 2011, Background Document and Session Guide**. Disponible en: <http://cesr.org/downloads/OHCHR%20and%20CESR%20Expert%20Mtg%20Background%20doc_28%20Oct_final.pdf?preview=1>. Visitado el: 12 Jul. 2012.
- PICCONE, Theodore J. 2012. **Catalysts for change: how the UN’s independent experts promote human rights**. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2012.
- POGGE, Thomas. 2004. The first United Nations Millennium Development Goal: a cause for celebration? **Journal of Human Development**, Oxford, v. 5, No. 3, p. 377-397, Nov.
- SAITH, Ashwani. 2006. From universal values to Millennium Development Goals: lost in translation. **Development and Change**, Oxford, v. 37, No. 6, p. 1.167-1.199, Nov.

- SANO, Hans-Otto. 2007. Does human rights-based development make a difference?. In: SALOMON, Margot E.; TOSTENSEN, Arne; VANDENHOLE, Wouter. (Eds.). **Casting the net wider: human rights, development and new duty-bearers**. Antwerp; Oxford: Intersentia, p. 68-79.
- SEPULVEDA CARMONA, Magdalena. 2009. The obligations of 'international assistance and cooperation' under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A possible entry point to a human rights based approach to Millennium Development Goal 8. **The International Journal of Human Rights**, London, v. 13, No. 1, p. 86-109, Feb.
- SEPULVEDA CARMONA, Magdalena.; NYST, Carly. 2012. **The human rights approach to social protection**. Ministry for Foreign Affairs of Finland. Disponible en: <<http://www.cdp-hrc.uottawa.ca/?p=5200>>. Visitado el: 12 Jul. 2012.
- UNITED NATIONS, 2000, **UN Millennium Declaration**, UN Doc. A/RES/55/2, 18 September 2000, para. 25.
- UNITED NATIONS. 2001. Secretary General. **Road map towards the implementation of the United Nations Millennium Declaration**, UN Doc. A/56/326, 6 September 2001, 56th Session.
- UNITED NATIONS. 2002. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **The Millennium Development Goals and economic, social and cultural rights**: a joint statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Special Rapporteurs on economic, social and cultural rights of the Commission on Human Rights, 29 November 2002, 29th Session.
- UNITED NATIONS. 2003a. **The human rights-based approach to development cooperation**: towards a common understanding among UN Agencies, 2003. Disponible en: <<http://www.undg.org/?P=221>>. Visitado el: 20 Jul. 2012.
- UNITED NATIONS. 2003b. **Commission on Human Rights**. Report of the Special Rapporteur on the right to adequate housing, UN Doc. E/CN.4/2003/5, 3 March 2003, 59th Session.
- UNITED NATIONS. 2004a. Special Rapporteur on the Right to Health. **Report of the UN Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health**, UN Doc. A/59/422, 8 October 2004, 59th Session.
- UNITED NATIONS. 2004b. Special Rapporteur on the Right to Adequate Housing. **Report of the Special Rapporteur on the right to adequate housing**, UN Doc. E/CN.4/2004/48, 8 March 2004, 60th Session.
- UNITED NATIONS. 2005a. Commission on Human Rights. **Enhancing and strengthening the effectiveness of the special procedures of the Commission on Human Rights**. OHCHR Background Paper 2: Working Methods of the Mandate-Holders, CHR December 2005/113.
- UNITED NATIONS. 2005b. Secretary-General. **The Millennium Development Goals Report**. New York.

- UNITED NATIONS. 2006. General Assembly. **Human Rights Council**, UN Doc. A/RES/60/251, 3 April 2006, 60th Session.
- UNITED NATIONS. 2007a. United Nations Development Program. **Human rights and the Millennium Development Goals. Making the link**. Disponible en: <http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/environment-energy/water_governance/human-rights-and-the-millennium-development-goals-making-the-link.html>. Visitado el: 10 Jul. 2012.
- UNITED NATIONS. 2007b. Independent Expert on Minority Issues. **Report of the Independent Expert on Minority Issues, Gay McDougall**, UN Doc. A/HRC/4/9, 2 February 2007, 4th Session.
- UNITED NATIONS. 2007c. Independent Expert on Minority Issues. **Report on Achieving the Millennium Development Goals (MDGs) for Minorities: a review of MDG Country Reports and Poverty Reduction Strategies**, UN Doc. A/HRC/4/9/Add.1/Corr.1, 23 May 2007, 4th Session.
- UNITED NATIONS. 2008a. Office of the High Commissioner for Human Rights. **Claiming the Millennium Development Goals: a human rights approach**. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/SPdocs/Claiming_MDGs_en.pdf>. Visitado el: 10 Jul. 2012.
- UNITED NATIONS. 2008b. Independent Expert on the Effects of Foreign Debt. **Report from the mission to Burkina Faso**, UN Doc. A/HRC/7/9/Add.1, 11 February 2008, 7th Session.
- UNITED NATIONS. 2008c. Special Rapporteur on the Right to Food. **Report of the Special Rapporteur on the right to food, Olivier de Schutter**, UN Doc. A/HRC/9/23, 8 September 2008, 9th Session.
- UNITED NATIONS. 2008d. Human Rights Council. **The negative impact of the worsening of the world food crisis on the realization of the right to food for all**, UN Doc. A/HRC/S-7/1.
- UNITED NATIONS. 2008e. Human Rights Council. **The negative impact of the worsening of the world food crisis on the realization of the right to food for all**, UN Doc. A/HRC/S-7/2.
- UNITED NATIONS. 2009a. Special Rapporteur on the Right to Food. **Report of the Special Rapporteur on the right to food, Olivier De Schutter**, UN Doc. A/HRC/12/31, 21 July 2009, 12th Session.
- UNITED NATIONS. 2009b. Secretary General. **Secretary-General's remarks to High-Level Meeting on Food Security for All**. (27 January 2009) in Madrid, Spain.
- UNITED NATIONS. 2010a. **Keeping the promise: a forward-looking review to promote an agreed action agenda to achieve the Millennium Development Goals by 2015**. Report of the Secretary-General, UN Doc. A/64/665, 64th Session.
- UNITED NATIONS. 2010b. Independent Expert on the Question of Human Rights and Extreme Poverty. **Report of the Independent Expert on the**

question of human rights and extreme poverty, UN Doc. A/65/259, 9 August 2010.

UNITED NATIONS. 2010c. Special Rapporteur on Water and Sanitation. **Human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation**, UN Doc. A/65/254, 65th Session.

UNITED NATIONS. 2011a. Special Rapporteur on the Right to Health. **Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health**, Anand Grover, UN Doc. A/HRC/17/25, 12 April 2011, 17th Session.

UNITED NATIONS. 2011b. Special Rapporteur on the Right to Education. **The right to education**, UN Doc. A/66/269, 5 August 2011, 66th Session.

UNITED NATIONS. 2011c. Independent Expert on the Effects of Foreign Debt. **Report from mission to Australia and Solomon Islands**, UN Doc. A/HRC/17/37/Add.1, 25 May 2011, 17th Session.

UNITED NATIONS. 2012a. **The Millennium Development Goals Report 2012** (New York: United Nations). [For an overview of progress and setbacks see p. 4-5 of the Report].

UNITED NATIONS. 2012b. Office of the High Commissioner for Human Rights. **If Rio+20 is to Deliver, Accountability Must be at its Heart: an open letter from special procedures mandate holders of the Human Rights Council to States negotiating the outcome document of the Rio+20 Summit**, Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/OpenLetterRio20.aspx>>. Visitado el: 12 Jul. 2012.

UNITED NATIONS. 2012c. Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations Related to Access to Safe Drinking Water and Sanitation. **Background note: the human right to water and sanitation for all**. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/BNRighttoWater.pdf>>. Visitado el: 12 Jul. 2012.

UNITED NATIONS. 2012d. Special Rapporteur on the Right to Food. **Background note: the right to food as a global goal**. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/OpenLetterRio20.aspx>>. Visitado el: 12 Jul. 2012.

UNITED NATIONS. 2012e. Office of the High Commissioner for Human Rights. **Background note: the role of comprehensive rights-based social protection in facilitating equitable and sustainable development**. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/BNComprehensiveRightsSustainableDevelopment.pdf>>. Visitado el: 12 Jul. 2012.

UVIN, Peter. 2002. On high moral ground: the incorporation of human rights by the development enterprise. **PRAXIS**, The Fletcher Journal of Development Studies, v. 17. Disponible en: <<http://fletcher.tufts.edu/Praxis/Archives/-/media/Fletcher/Microsites/praxis/xvii/Uvin.pdf>>. Visitado el: 12 Jul. 2012.

YAMIN, Alicia Ely. 2010. Toward transformative accountability: applying a rights-based approach to fulfill maternal health obligations. *SUR*, São Paulo, v. 7, No. 12, p. 95-121, June. Disponible en: <http://www.surjournal.org/eng/conteudos/getArtigo12.php?artigo=12,artigo_06.htm>. Visitado en: Dic. 2012.

_____. 2012. Post MDGs: what next for a global development agenda that takes human rights seriously? UNICEF Innocenti Research Watch. Disponible en: <<http://www.unicef-irc.org/research-watch/Post-2015--What-Next-/899/>>. Visitado el: 12 Jul. 2012.

ZAIDI, Sarah. 2010. Millennium Development Goal 6 and the right to health: conflictual or complementary? *SUR*, São Paulo, v. 7, No. 12, p. 122-143, June. Disponible en: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo12.php?artigo=12,artigo_07.htm>. Visitado en: Dic. 2012.

ZIEGLER, Jean et al. 2011. **The fight for the right to food**: lessons learned. By Jean Ziegler, Christophe Golay, Claire Mahon and Sally-Anne Way. London: Palgrave Macmillan.

NOTAS

1. La Meta 7.C. se propone, para 2015, reducir a la mitad la proporción de la población que no tiene un acceso sostenible a agua potable segura y saneamiento básico, mientras que la Meta 7.D. espera, para 2020, haber mejorado considerablemente la vida de al menos 100 millones de habitantes de barrios marginales.

2. Sus mandatos pueden consultarse en el sitio Web de la OACNUDH, en www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP. Visitado en: Jul. 2012.

3. Consejo de Derechos Humanos, Resolución 8/11 que establece el mandato de la Experta Independiente sobre derechos humanos y pobreza extrema, 18 de junio de 2008, párrafo. 2(d); Resolución 6/2 que establece el mandato del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, 27 de septiembre de 2007, párrafo 2(e); Resolución 6/29 que establece el mandato del Relator Especial sobre el derecho a la salud, 14 de diciembre de 2007, párrafo 2(h).

ABSTRACT

Against the backdrop of criticisms concerning the absence of a genuine dialogue between human rights and development, and weak substantive cooperation among actors from both disciplines, the present article sets out how one category of human rights actors attempted to concretely engage with the development agenda. The study examines the contributions that a number of the United Nations (UN) special procedures, particularly those with mandates related to economic, social and cultural rights, have made in bringing fundamental principles specific to human rights law towards the core of development frameworks, with a specific focus on the UN Millennium Development Goals agenda. By concentrating on non-discrimination, participation and accountability, the use of indicators, and the obligations arising in the realm of international assistance and cooperation, it is argued that the UN special procedures have begun to pave the way for substantive convergence of the human rights and development paradigms.

KEYWORDS

United Nations special procedures – United Nations special rapporteurs – Millennium Development Goals – Economic, social and cultural rights – Human rights – Development

RESUMO

Contra o pano de fundo de críticas sobre a ausência de um verdadeiro diálogo entre direitos humanos e desenvolvimento e sobre a fraca cooperação substantiva entre os atores de ambas as disciplinas, o presente artigo expõe a forma pela qual uma categoria de atores de direitos humanos tenta concretamente se envolver com a agenda de desenvolvimento. O estudo analisa as contribuições de diversos detentores de mandato dos procedimentos especiais das Nações Unidas (ONU), particularmente aqueles com mandatos relacionados aos direitos econômicos, sociais e culturais (ESC), ao trazer princípios fundamentais específicos dos direitos humanos para o núcleo do marco do desenvolvimento, com um foco específico nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs) da ONU. Ao concentrar-se na não-discriminação, na participação e na responsabilização (*accountability*), no uso de indicadores e nas obrigações surgidas no âmbito da assistência e da cooperação internacionais, argumenta-se que os relatores especiais e especialistas independentes da ONU começaram a pavimentar o caminho para a convergência substantiva dos direitos humanos e dos paradigmas de desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE

Procedimentos especiais da ONU – Relatores especiais da ONU – Especialistas independentes da ONU – Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – Direitos econômicos, sociais e culturais – Direitos humanos – Desenvolvimento



LUIS CARLOS BUOB CONCHA

Luis Carlos Buob Concha es abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas e integrante del equipo jurídico del Programa para Centroamérica y México del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

E-mail: luiscarlos.buob@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo pretende evidenciar los valores y significados que se otorgan al agua a la luz de tres componentes: económico, social y cultural, enfatizando la especial relación existente de los pueblos indígenas con este recurso natural. Esta aproximación se realiza dado que al encontrarse dichos pueblos en una situación de vulnerabilidad en las sociedades actuales, las aproximaciones oficiales no necesariamente respetan sus particulares modos de vida y concepciones del mundo, limitando su propia libertad como grupos diferenciados y amenazando el disfrute de sus derechos.

Para ello, se estudiarán tres formas diferenciadas de gestión del recurso hídrico en relación a sus efectos con los derechos de los pueblos indígenas. Este análisis nos ayudará a observar la necesidad de abordar el derecho al agua de manera integral, teniendo en cuenta el uso sostenible y eficiente del recurso y respetando las particularidades que emergen con los pueblos indígenas.

Original en español

Recibido en agosto de 2012. Aceptado en octubre de 2012.

PALABRAS CLAVE

Agua – Gestión hídrica – Derechos humanos – Pueblos indígenas



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

DERECHO AL AGUA: ENTENDIENDO SUS COMPONENTES ECONÓMICO, SOCIAL Y CULTURAL COMO FACTORES DE DESARROLLO PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS*

Luis Carlos Buob Concha

1 Introducción

Aqua Vitae, palabras que resumen el valor fundamental que posee uno de los elementos naturales más importantes para la humanidad a través de los tiempos: el agua. Este recurso trasciende su escueta composición química para representar el soporte básico para la supervivencia y desarrollo de la persona humana no solo desde una perspectiva biológica – orgánica, sino también como parte de la historia, cosmovisión y esencia de ésta.

El agua, así, ha permitido sustentar el desarrollo de las primeras comunidades humanas, las cuales se asentaban a orillas de fuentes hídricas, principalmente con la aparición de la agricultura. Ésta, además, al servir como hidrovía y red de comunicación ha permitido expandir el horizonte del ser humano, realizar intercambios comerciales, así como compartir y difundir conocimientos (con ello culturas, lenguas y prácticas) durante siglos.

El agua, además, es necesaria para el desarrollo de diversas actividades productivas como la pesca, el turismo, la minería, la textil, la refinería, etc. También sirve como generadora de energía, mediante la construcción de represas e hidroeléctricas.

El contenido místico, sino sagrado, que se otorga a este elemento natural desde diversas culturas lo dota de tal riqueza espiritual que muchas veces deja de representar un simple simbolismo para permanecer en lo más íntimo de los sentimientos y creencias de los diferentes grupos humanos. Así, por ejemplo, en Perú, principalmente en la sierra, se celebra el llamado “*Yarqa Aspi o Apu yaku pagapuy*”, “fiesta del agua” en su traducción al español. El culto al agua en la cultura andina

* Las reflexiones aquí sostenidas son solo responsabilidad del autor y no comprometen a institución alguna.

se ha mantenido a través de los tiempos y se manifiesta por medio de ofrendas, ritos, cantos, faenas y bailes, a través de los cuales rinden homenaje y piden por la fertilidad de la tierra y la llegada de las lluvias. La presencia del agua marca a los pueblos y se relaciona estrechamente con su visión del mundo, sus relaciones interpersonales y comunitarias. Según Ossio Acuña, en un estudio realizado sobre la población de Andamarca en la Región de Ayacucho, la fiesta del agua se manifiesta como un ritual de fertilidad donde el agua proveniente de las alturas fecunda a la “madre tierra” a través de los canales de irrigación. Según el autor, existe una conjunción de opuestos complementarios que es la forma andina de expresar la recreación del orden social, lo cual se refleja en valores como la fertilidad y unidad presentes en la fiesta (OSSIO ACUÑA, 1992, p. 312 y 315).

Por otro lado, la expansión de las actividades económicas y el crecimiento demográfico presionan constantemente a los ecosistemas de las aguas costeras, ríos, lagos, humedales y acuíferos. El uso de dicho recurso se torna complejo dado que al destinarlo para una u otra actividad o necesidad, así como la forma de uso empleada, puede generar hostilidades y enfrentamientos en las sociedades, formándose conflictos de diverso tipo y grado dependiendo de las situaciones y contextos que los generen.

Entonces, el valor estratégico que adquiere el agua tanto desde un punto de vista económico, social como cultural lo convierte en un elemento potencialmente conflictivo muchas veces con el uso de violencia y de afectaciones a derechos y libertades esenciales. Se trata de una situación en la que diferentes agentes compiten por el control, acceso, usufructo o posesión de alguna de las cualidades del agua como cantidad, calidad y oportunidad, entre otros (PEREYRA, 2008, p. 85). A esto se debe añadir la complejidad en su administración y las consecuencias generadas que a partir de él se originan. Al ser un elemento que fluye y recorre diversos territorios y que es usado para diversas actividades, puede perjudicar o afectar a poblaciones enteras.

Visto así, podemos decir que este recurso natural es trasversal temporal, espacial y funcionalmente a la vida de las personas desde tiempos inmemorables y desde diferentes facetas. Por ello, no resulta exagerado manifestar que el agua nos sirve de principio a fin y que adquiere tal importancia pues el futuro de la persona humana depende, en gran medida, de las acciones que se tomen con relación a este recurso. Precisamente, en los últimos años se han empezado a reconocer las implicancias del acceso y uso del agua como base para la realización de un nivel de vida digna, observándose avances y tendencias en su configuración como derecho humano.¹

La ventaja de la aproximación a la problemática del acceso y uso de agua en general, y con relación a los sistemas propios de las comunidades indígenas en particular, desde un enfoque de Derechos Humanos² consiste en que permite aceptar la existencia de un derecho al agua consustancial al ser humano, no solo desde un acercamiento en la formulación e implementación de políticas públicas relacionadas al agua, sino para convertir la diversidad de conflictos y entrapamientos existentes en situaciones jurídicas que permitan la protección, respeto y exigibilidad del derecho tanto internacional como dentro de la jurisdicción nacional de los diferentes Estados.

Los derechos humanos, como categorías positivas, concretizan normativamente y dotan de seguridad jurídica aquellos valores consustanciales a la persona humana, producto de las ideas preponderantes del momento, las relaciones de poder existentes

y las condiciones que exijan su reconocimiento en base las condiciones de una vida digna. En ese sentido, los derechos humanos pueden definirse como aquellos derechos que tiene todo individuo frente a los órganos del Estado para preservar su dignidad en tanto ser humano, no sólo excluyendo la actuación del Estado en esferas específicas de la vida sino asegurando determinadas acciones que reflejen condiciones para una vida digna.

Al respecto, en los últimos lustros, se fue perfilando la naturaleza jurídica del agua como un derecho humano y se ha venido avanzando en el desarrollo de su contenido jurídico, las observaciones generales del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (CDESC) – en particular la número 15 –, documentos oficiales internacionales (como los emitidos por la relatora especial de naciones unidas para el derecho humano al agua y el saneamiento, Catarina de Albuquerque) así como sentencias internacionales y nacionales ligadas a la materia, entre otros, nos proporcionan lineamientos como guía para entender su desarrollo.

Si bien el presente artículo no tiene por objetivo profundizar en una especificidad de variables económicas, sociales o culturales del agua; sí pretende ofrecer un acercamiento a estos conceptos a través de tres sistemas de gestión hídrica, con particular énfasis en los efectos que tienen sobre los pueblos indígenas. Los sistemas normativos no pueden mantenerse ajenos a estos campos, pues operan en relación a ellos y los afectan directa o indirectamente. Más aún cuando se trata de un recurso como el agua, tan valioso e importante para las sociedades, y un derecho humano emergente fundamental para el desarrollo de la persona humana.

2 Componentes económico, social y cultural del agua

En el presente trabajo se define el derecho al agua de acuerdo a lo expresado por el CDESC:

El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua.

(CDESC, 2002, párr. 10).

En esa línea de ideas se entiende al agua como un recurso vital y estratégico para los seres humanos, su desarrollo, integración y prosperidad; ello quiere decir que se presenta necesariamente como un bien cuya cualidad es la de fungir como elemento transversal y holístico a diversos aspectos y espacios de la vida humana. En otras palabras, dependiendo de los contextos, usos y demandas existentes, el cuerpo hídrico cumplirá determinadas funciones, las cuales generarán la atribución de determinados valores. En virtud de ello, el uso de dicho recurso representará la

composición de diferentes espacios interconectados - especialmente económicos, sociales y culturales – que irán adquiriendo concreción a través de la forma en que el Derecho los regule y de los fenómenos que se pretendan describir, por ello la necesidad de tener una aproximación integral según las particularidades que se presenten en cada contexto.

Si bien en principio los recursos hídricos son bienes naturales renovables, es decir el proceso físico-cíclico natural en que se produce el agua la dotaría de permanencia y estabilidad razonables, la constante presión desde diversos ámbitos sobre dicho recurso lo convierte en un bien sensible a su acceso, uso y gestión a nivel mundial, no exento de conflictos y defensas sesgadas sobre el mismo. En este sentido, lo primero que se debe manifestar es la relativa escasez que tiene el agua en términos generales, escasez que se lee por ser un recurso finito altamente vulnerable a su proceso de renovación natural por la intervención de las diversas actividades humanas. Al ser un bien limitado es pasible de ser valorado económicamente con el fin de satisfacer las diferentes necesidades e intereses que surjan. Este primer acercamiento nos permite afirmar la existencia de un valor económico sobre el agua en tanto recurso natural.

El principio número cuatro de la Declaración de Dublín³ sobre el agua y el desarrollo sostenible recoge esta afirmación de la siguiente manera: “El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico”⁴ (CIAMA, 1992, principio 4). Reconocer este componente económico es un primer paso para comprender las implicancias que se generan en su regulación jurídica ya que al momento de decidir los mecanismos de asignación del mismo se determina el esquema de reglas bajo las cuales dicho recurso natural será utilizado.⁵ Esto incide directamente en la condición del agua en tanto derecho humano, toda vez que la determinación de las prioridades, destino y uso del bien limitará o permitirá, según sea el caso, el goce efectivo del contenido protegido jurídicamente por el derecho humano al agua.

Sin perjuicio de lo anterior, omitir el valor social y cultural que también posee el agua en la evaluación o política que se implemente, implicaría darle un tratamiento parcial, lo cual resulta peligroso por la confianza irrestricta que se pueda otorgar a un único enfoque, dejando de lado las posibles consecuencias y repercusiones que tiene en otros campos. Por ello, es propicio resaltar lo expresado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO) al mencionar que: “la consideración del agua como un bien cultural debe entenderse como el reconocimiento de las diversas dimensiones socioculturales de la relación de las personas con el agua, como las relativas a la identidad, la herencia cultural y el sentido de pertenencia” (UNESCO, 2009, p. 4).

Así, entendemos que la gestión que se haga del agua no solo debe enfocarse en términos de eficiencia económica, por el contrario, entender además su significado social en tanto elemento estratégico para la vida de las personas, como sucede con las implicancias ambientales que pueda tener o la incidencia en las relaciones y estructuras sociales dentro de los mismos pueblos indígenas, así como considerar los valores culturales en él implícitos, permitirá valorar de mejor manera los efectos que una determinada acción u omisión estatal tenga sobre dicho derecho, y por tanto si se viola o no en tanto derecho humano.

A continuación, se dará una revisión general a algunas experiencias para observar cómo se entrelazan estos componentes, y la particular afectación que existe sobre las comunidades indígenas.

3 Derechos de Propiedad y Mercado: El caso chileno

Resulta interesante observar el caso chileno, país reconocido a nivel mundial por otorgar propiedad privada sobre los derechos de aprovechamiento de agua que se den a los particulares. El modelo implementado en Chile, desde inicios de la década de 1980 a través del Código de Aguas, se ha enfocado principalmente en la creación de un mercado de aguas, su fortalecimiento a través del reconocimiento constitucional de la propiedad privada sobre la concesión del uso del agua; y la consecuente limitación de la intervención y poder regulatorio del Estado (DOUROJEANNI y JOURAVLEV, 1999, p. 15-66; DOUROJEANNI y BERRIOS, 1996, p. 6-14; PEÑA, 2004, p. 13-24; DONOSO, 2004, p. 25-48; BAUER, 2002, p. 57-80; GENTES, 2006, p. 255-284).

El argumento seguido es que las normas legales deben favorecer las operaciones de los particulares en el mercado ya que este incrementa la eficiencia económica al destinarse el recurso a sus usos más valiosos a través de un proceso de intercambio y transacciones libres. Esto es viable a través de la información que surge a través de los precios de mercado que facilitan la comparación y la coordinación de datos dispersos (BAUER, 2002, p. 16).⁶

En virtud de ello, el cuerpo normativo chileno enfatiza los derechos de propiedad privada respecto de los usos del agua con el fin de generar mayor seguridad jurídica en el sistema; en tanto el sistema de mercado se inspira en los intercambios privados, los derechos de propiedad deben ser exclusivos, individuales y transables para asegurar un uso eficiente y mayores inversiones. Segerfeldt lo ilustra de la siguiente forma: “La introducción de derechos de propiedad comerciables y claramente definidos sobre el agua no sólo promueve una mayor eficiencia, sino que logra que el agua llegue a donde brinda el mayor beneficio económico, lo que genera una mayor prosperidad”. Continúa diciendo: “Los derechos de propiedad del agua tienen un efecto muy positivo sobre su consumo y su protección. La posibilidad de comerciar ayuda a obtener el mayor rendimiento posible” (SEGERFELDT, 2006, p. 54 y 57).

La última parte del inciso 24 del artículo 19 de la Constitución Política chilena lo recoge de la siguiente forma: “[...] Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos” (CHILE, 2005). A partir de este postulado el Código de Aguas chileno se centró en generar un mercado de derechos de agua enfatizando la necesidad de reconocer derechos de propiedad como forma de garantizar los primeros. De esta manera se lograría eficiencia en su asignación (DOUROJEANNI y BERRIOS, 1996, p. 6; BAUER, 2002, p. 57-80).

Es importante resaltar, sin embargo, que con el Código de Aguas de 1981 las aguas son consideradas originalmente como bienes públicos⁷ sobre cuyo uso el Estado constituye derechos de propiedad. Esto quiere decir que una vez concluido el proceso de otorgamiento de derechos sobre el agua, el efecto de la propiedad

sobre ellos hace que dicho bien se vuelva exclusivo del titular del derecho, optando por el mercado como medio para reasignarlo.

En esa línea de ideas, la libertad irrestricta en el uso del agua a la que se tiene derecho con dicho modelo hace posible que los titulares de los derechos puedan: “i) usarlos o no, y destinarlos a las finalidades o tipos de uso que deseen; ii) transferirlos en forma separada de la tierra, para utilizarlos en cualquier otro sitio; y iii) comercializarlos a través de negociaciones típicas de mercado (vender, arrendar, hipotecar, etc.)” (DOROUJEANNI y JOURAVLEV, 1999, p. 13). En la práctica entonces los derechos de aprovechamiento que se entregan corresponden a derechos de propiedad plenos sobre el recurso.

Se puede manifestar entonces que con este modelo se resalta y privilegia el valor económico del agua, asegurando la propiedad sobre él para su optimización económica. Según estudios realizados, dentro de las principales consecuencias que este tipo de regulación ha generado en Chile, se encuentran la especulación y acaparamiento de derechos de agua – lo cual distorsiona los precios mediante controles monopólicos y desiguales negociaciones - la presencia de un poder privilegiado en el mercado de ciertos particulares titulares de derechos, la existencia de un uso inadecuado o no uso del recurso, la generación de conflictos, el surgimiento de problemas sociales, y la afectación del patrimonio ambiental y cultural, muchas veces de manera irreversible. (BOELEN, 2007, p. 59-60; CASTRO, 2007, p. 240-260; GENTES, 2006, p. 255-284; DOROUJEANNI y JOURAVLEV, 1999, p. 31-62; BAUER, 2002, p. 171-178).

De lo anterior se debe tomar en cuenta que la constitución de derechos de agua y la transferencia de estos en el mercado podrían generar también efectos negativos a quienes no intervienen en la transacción por no formar parte del intercambio privado, así como efectos generales ambientales y afectaciones en la estabilidad social y cultural en las sociedades. Si bajo un régimen de asignación del agua como el descrito no se consideran los efectos que una determinada transacción *inter partes* o el uso que de este se haga ocasionen, se arriesga que la sociedad sufra una pérdida de bienestar por los altos costos que representaría una asignación y uso errados y parciales de este tipo de bien natural.

Ahora bien, pese a que en el marco jurídico chileno los derechos indígenas han tenido cierto reconocimiento,⁸ éste no ha podido resolver de manera adecuada los conflictos y daños generados, ni tampoco proteger adecuadamente dichos derechos, básicamente por la denegación de la normatividad local indígena que sucede en los hechos en preferencia de la valorización otorgada al agua como bien netamente económico. Según manifiesta Boelens:

En Chile [...] los estudios empíricos de campo demuestran una desintegración, especialmente de los sistemas indígenas colectivos: la individualización de los derechos de agua ha incrementado la inseguridad y la desorganización [...] los derechos de toma de decisiones están ahora anexados al poder económico de compra de los individuos, [quienes tienen] más “acciones de agua” tienen más poder de decisión, lo que va en contra de los intereses colectivos de la gestión en las comunidades indígenas y campesinas.

(BOELEN, 2007, p. 59).

Ingo Gentes, por ejemplo, en un estudio sobre la interacción de los derechos locales de agua indígenas con la legislación chilena concluye: “Los proyectos de transferencia de agua de sectores marginales a centros económicos, o la libre exploración de aguas subterráneas ignoran fronteras, costumbres, usos y daños socioambientales” (GENTES, 2006, p. 278). Esto se refleja por ejemplo en la afectación de bofedales en el Parque Nacional de Lauca por la implementación de políticas de desarrollo agrícola sin tener en cuenta los efectos sobre los derechos de las comunidades aymaras asentadas allí o, por otro lado, en los conflictos que enfrentan las comunidades qollas con diversos agentes en el uso de los recursos hídricos en el valle del río Copiapó, las cuales además enfrentan problemas de titularidad para acceder a sus tierras y aguas de uso ancestral, lo que genera la pérdida de sus derechos de aprovechamiento sobre las aguas de manera progresiva afectando sus actividades de subsistencia (GENTES, 2006, p. 264-274).

Asimismo, el ex Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, luego de su visita oficial a Chile anota que:

La problemática del derecho a la tierra se complica en cuanto se refiere al acceso de los indígenas a los recursos del subsuelo y otros, como son el agua y los recursos del mar, partes esenciales de su economía de subsistencia y de su tradicional identidad cultural. Las distintas leyes sectoriales, tales como el Código de Aguas de 1981, a pesar de algunas reformas introducidas, facilitan y protegen la inscripción de derechos de propiedad privados sobre recursos que tradicionalmente han sido propios de las comunidades indígenas. Así, por ejemplo, en la región árida del Norte, el acceso al agua es esencial para la vida de las comunidades campesinas aymaras, atacameñas y quechuas, pero con frecuencia se les niega ese acceso porque el recurso ha sido apropiado por empresas mineras. En la costa de la Araucanía, numerosas familias lafkenche ven reducido su acceso anteriormente libre a sus tradicionales recursos de pesca y productos costeros por la inscripción de extensas áreas de costa a nombre de huincas (es decir, personas no indígenas) de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Pesca en perjuicio de las comunidades mapuches.

(STAVENHAGEN, 2003, párr. 26).

En ese sentido recomienda al Estado chileno que “[t]anto en la ley como en la práctica, deberán las comunidades indígenas tener acceso privilegiado a los recursos acuíferos y marítimos que necesitan tradicionalmente para su propia subsistencia por encima de intereses comerciales y económicos privados” (STAVENHAGEN, 2003, párr. 66).

Incluso, pese a ciertos acercamientos jurisprudenciales,⁹ la eficacia y reconocimiento de la existencia de una diversidad cultural y derechos de los pueblos indígenas se ven obstruidos por la política dominante y la preponderancia del poder económico, los cuales irrumpen en la gestión comunitaria ancestral impidiendo una real participación de las comunidades en la toma de decisiones sobre los recursos hídricos, de esta forma se limita su autonomía e identidad cultural afectando su desarrollo como pueblos, además de provocar disminuciones de recursos para su subsistencia (BUDDS, 2007, p. 157-174; GENTES, 2007, p. 175-198).

4 Uso efectivo y beneficioso del agua: El caso de los estados del oeste de los Estados Unidos

También es oportuno mencionar la experiencia en los estados del oeste de Estados Unidos de América por su similitud con el modelo chileno en cuanto el uso de los incentivos de mercado para la asignación del recurso. En dicho país existe una larga experiencia en un sistema basado en el intercambio de derechos de agua a través del mercado. No obstante, en dichos estados rige el principio de uso efectivo y beneficioso del recurso, esto significa que para ejercer y mantener el derecho los titulares deben hacer un uso que se identifique y no se oponga al interés público (DOROUJEANNI y BERRIOS, 1996, p. 21).

Doroujeanni y Berrios citando a Gould manifiestan:

La incorporación del interés público en las transacciones que tienen lugar en el [d]erecho de [a]guas de los estados del [o]este norteamericano, se expresa según Gould en la prevención por [parte de] la autoridad administrativa de aguas [de] que los efectos adversos de un uso (o no uso) del recurso recaigan en otros usuarios. Va más allá que los daños a terceros, aunque por supuesto los engloba[n]. Incluye efectos indirectos (como la repercusión social que en una comunidad podría tener la reasignación de un uso agrícola a uno minero por ejemplo) y efectos directos (como son los daños ambientales).

(DOROUJEANNI y BERRIOS, 1996, p. 15).

Ahora bien, en atención al tema que nos ocupa, es importante destacar que en los Estados Unidos existe un reconocimiento legal a los derechos de agua de los pueblos indígenas. Sin embargo, dicho reconocimiento, en palabras de Getches, sigue siendo un “modelo imperfecto” y “ha producido más papel que agua realmente utilizable por ellos [los indígenas]” (GETCHES, 2006, p. 227).

Desde inicios de la independencia, el ordenamiento jurídico norteamericano reconoció derechos indígenas en el marco de la elaboración de las políticas nacionales del país. Sin embargo esas políticas incluso reconociéndoles el derecho de ocupar y gobernar sus territorios, procuraban la integración de las comunidades indígenas y facultaban una intervención amplia del Congreso para limitar y extinguir varios de sus derechos. Ésto ocasionó que dichas poblaciones fueran conminadas cada vez a espacios más reducidos, denominados reservas, por el proceso expansivo de los colonos (GETCHES, 2006, p. 230).

Sin embargo, en 1908 es la Corte Suprema de los Estados Unidos quien emite la “doctrina de los derechos reservados de agua”, con el fin de asegurar una fuente suficiente de dicho recurso para la viabilidad de las reservas donde quedaban asentadas las poblaciones indígenas. Esta doctrina fue pronunciada en el caso *Winters vs. Estados Unidos* respecto de la reserva indígena Fort Belknap en Montana. Allí se dispuso que las comunidades debían poder utilizar el agua necesaria para cumplir con el propósito para los cuáles sus reservas fueron constituidas. No obstante, la situación de precariedad de dichas comunidades las lanzó a competir con los colonos en una clara situación de desventaja, tanto así que estos últimos, apoyados por el gobierno federal, construían represas o desviaban el curso de ríos

afectando los derechos indígenas (GETCHES, 2006, p. 234). Esto fue reportado por la Comisión Nacional del Agua en 1973 cuando expresó que: “[...] [e]n la historia de la relación del Gobierno de los Estados Unidos con las tribus indígenas, su falla en proteger los derechos de agua indígenas para su uso en las reserva[s], sobresale como uno de los capítulos más penosos para ellas” (GETCHES, 2006, p. 235).

Pese a la importancia del pronunciamiento jurisprudencial citado, estos derechos indígenas dependen de un tejido de decisiones judiciales para que sean efectivamente protegidos en la realidad. El avance de esta construcción, en tanto perteneciente a un sistema del *common law*, se iría logrando en atención a las particularidades de cada caso. Más allá de esto, se debe tener en cuenta que el mismo enfoque presenta situaciones conflictivas con otros usuarios del recurso en tanto que, al no determinarse los derechos de agua indígenas también, se crean situaciones de inseguridad para los agentes externos tributarios de la misma fuente hídrica¹⁰ (GETCHES, 2006, p. 235-251), y el proceso termina siendo “mediatizado por la influencia de factores extra-jurídicos” (GUEVARA GIL, 2009, p. 124).

Citando nuevamente a Getches:

Aunque los derechos reservados de agua [en Estados Unidos] no pretenden proteger los valores culturales tribales, los usos del agua que se aseguran a través de ellos pueden de todas maneras promoverlos. Los sistemas de valores culturales a veces crean “demandas” de agua que pueden ser satisfechas a través de derechos de agua reconocidos por la ley.
(GETCHES, 2006, p. 251).

A modo de referencia, finalmente, podemos citar los casos de la Tribu Paiute del Lago Pyramid en Nevada o el sistema de acequias desarrollado en el sur oeste de los Estados Unidos, concretamente en Nuevo México y Colorado. Los derechos de agua de las comunidades indígenas, ya reconocidos a través de la doctrina desarrollada a inicios del siglo pasado, fueron adquiriendo significado y protección más efectiva luego de largas batallas legales ante tribunales, presiones ante los entes legislativos, y estrategias de articulación de sus derechos. El primer caso ilustra los conflictos de los usos tradicionales del agua ejercidos por la Tribu Paiute a través de la pesca, y los usos competitivos articulados por la sociedad dominante. Estos últimos se relacionaban a proyectos de irrigación que desviaban y utilizaban aguas de la reserva indígena, causando efectos devastadores sobre la cultura y el sustento material de la tribu mencionada. En palabras de Wilkinson:

La historia de la Tribu Paiute del Lago Pirámide en Nevada, EUA, ilustra la dificultad de hacer valer los derechos legales al agua por parte de los pueblos indígenas, que compiten con usuarios del agua no indígenas y que tienen que utilizar el sistema legal de la sociedad dominante. La lucha de esos pueblos fue exitosa, pero solo después de décadas de maniobras políticas y jurídicas y casi un siglo de privación del agua.
(WILKINSON, 2010, p. 213).

El segundo caso refleja cómo el uso tradicional del agua a través del sistema comunitario de acequias en Nuevo México y Colorado ha sobrevivido como

institución social y civil a través del tiempo. Aunque en ambos estados se regularon los derechos de agua de distinta forma (HICKS, 2010, p. 225-226) y el enfoque oficial es el que prevalece (RIVERA y MARTINEZ, 2009, p. 323), el respeto a las normas tradicionales —en donde se reflejan la estructura de su identidad cultural y relaciones sociales— y la apertura formal a una gestión local del agua, permiten revalorizar y respetar el uso que los pueblos indígenas le dan. Por ello, según Rivera y Martínez:

[...] las solicitudes para transferir agua a usos fuera de las comunidades de acequia a menudo se enfrentan a protestas de feroz intensidad por parte de los irrigadores de acequia. Desde la época del primer asentamiento, y como algo intrínseco al valor comunitario del agua en el periodo contemporáneo, la tierra, el lugar y la identidad son interdependientes y no se puede alejar uno del otro.

(RIVERA y MARTINEZ, 2009, p. 324).

Agregan citando a Glick que:

[...][la defensa de la] protección de la cultura de acequia en Nuevo México y el sur de Colorado como una política de desarrollo viable, [es] importante para los derechos indígenas de pueblos tradicionales en todo el mundo y señala cómo esta dirección también reconoce su papel como depositarios del conocimiento local sobre el ambiente y la sustentabilidad agrícola.

(RIVERA y MARTINEZ, 2009, p. 329).

5 Políticas administrativas verticales: El caso peruano

Un panorama distinto se puede apreciar en el caso de Perú, aunque no en términos de garantía de derechos locales y prácticas consuetudinarias de las poblaciones indígenas respecto de los recursos hídricos, sino de la permanencia de un modelo oficial sesgado sobre el acceso, uso y transferencia de dicho bien natural.

Durante 40 años el marco normativo relacionado a la política y gestión de dicho recurso se rigió principalmente por la Ley General de Aguas, aprobada mediante Decreto Ley n° 17.752 en 1969, la cual fue derogada en el 2009 por la Ley de Recursos Hídricos, Ley n° 29338. En ésta se reafirma el carácter inalienable e imprescriptible en el dominio del recurso, así como la ausencia de propiedad privada sobre él.

A pesar de existir una gran pluralidad de realidades locales y un uso multifuncional del agua, la tendencia oficial negó dichas prácticas y prefirió guiarse por referencias predominantes aplicables a determinados intereses. Ello disoció la legislación formal de las realidades de los usuarios de agua y sus sistemas de gestión hídrica, lo que generaba conflictos e inaplicabilidad de las normas legales por no ser coherentes con los distintos valores e intereses existentes en la sociedad (GUEVARA, 2009, p. 113-122; 2008, p. 147-162; 2007, p. 153-162). Al contrario de Chile y los estados del oeste de los Estados Unidos, el modelo de asignación utilizado en Perú con la Ley de Aguas de 1969 fue centralizado en el Estado y su poder de administración directa, limitando de manera restrictiva la capacidad de los agentes y usuarios de disponer y decidir sobre el recurso.

Desde la forma de poseer el derecho de aprovechar los recursos hídricos, los criterios de asignación del recurso – a través del plan de cultivo para el uso agrícola por ejemplo –, las tarifas y aportes, las transferencias en el uso del agua, y el tipo de organización de regantes, diversos estudios han concluido en la existencia de una disfuncionalidad entre la realidad y los cuerpos normativos (HENDRICKS y SACO, 2008, p. 139-146). Así, al no poder aplicarse la compleja normatividad, se afecta la seguridad jurídica y ello conlleva la pérdida de derechos colectivos y de gestión autónoma sobre el recurso por parte de comunidades indígenas. Ello afecta su identidad, responsabilidades y estructura social; y en virtud de las respuestas inadecuadas para hacerles frente y la ausencia de soluciones integrales, trajo aparejado también un recrudecimiento de conflictos. (BOELEN et al., 2006, p. 142-154).

Por ejemplo, el caso de la comunidad de Cabanaconde, localizada en la parte baja del valle del Colca en la Región arequipeña, ilustra cómo las comunidades locales vieron afectados sus derechos con el desarrollo del proyecto Majes entre las décadas de 1970 y 1980. Dicho proyecto consistió en la canalización del agua de la sierra hacia la costa para volver productivas miles de hectáreas desérticas. Por el contrario, procedió a fomentar el desarrollo de problemas en el tejido social, cultural y ecológico de la comunidad, se disminuyó considerablemente el acceso y uso de sus recursos hídricos y se potenciaba cada vez más la existencia de una hambruna y mayor precariedad en la zona (GELLES, 2007, p. 52-57).

Treinta años después, el desarrollo de otro proyecto, esta vez denominado Majes-Siguas II vuelve a generar protestas y conflictos sociales. Ahora poniendo en disputa al gobierno provincial de Espinar de la Región del Cusco y al gobierno regional del Cusco, contra la agencia de promoción de inversión del Estado peruano (Proinversión) y el gobierno regional de Arequipa. Dicho proyecto agroindustrial constituye uno de los más grandes en dicha zona, está destinado a construir una represa – la más grande del país – para captar aguas en Cusco y trasladarlas hacia Arequipa con el fin de irrigar miles de hectáreas de tierras eriazas. También permitiría la generación de energía eléctrica por centrales hidroeléctricas que se construirían. De otro lado, las poblaciones campesinas en Espinar verían gravemente limitado el suministro de agua potable y afectada su posibilidad de subsistencia en dicha zona.

Sobre este conflicto, el gobierno provincial de Espinar y el gobierno regional del Cusco presentaron dos recursos de amparo que fueron posteriormente acumulados. Uno de ellos se refería al cese de la amenaza de la violación de los derechos a la vida, a la salud y medio ambiente de la población de Espinar; y el otro a que se deje sin efecto la declaración de viabilidad del Proyecto Majes Siguas II. Luego de que el Poder Judicial declarara fundada la demanda en primera y segunda instancia, el Tribunal Constitucional peruano conoce del problema a través de un recurso de agravio constitucional presentado por el gobierno nacional, quien argumenta que se habría afectado la garantía de la cosa juzgada en la etapa de ejecución de sentencia.

Al respecto, el 8 de noviembre de 2011, dicho tribunal publicó su decisión declarando fundado el recurso de agravio constitucional, dando la razón al gobierno nacional. También declara nula la resolución judicial que suspendía indefinidamente

del proyecto Majes Siguan II, ordena la realización de un Estudio de Balance Hídrico Integral y convalida el Estudio de Impacto Ambiental que había sido cuestionado, entre otras consideraciones (TC, 2011).

Más allá de las valoraciones y críticas que se puedan realizar sobre dicha sentencia, que ameritaría un espacio mucho mayor, lo importante es evidenciar los efectos que una decisión como la anterior trae sobre las partes implicadas con relación al uso del agua y del respeto y garantía que se le debe otorgar en tanto derecho humano. Más que propender a emitir una resolución “pacificadora”, dentro de una situación de conflicto, lo que los magistrados deben evaluar es si se amenazan o desprotegen los derechos de los pueblos indígenas en cuestión. Acceder de manera segura y facilitar el manejo de los sistemas hídricos a las comunidades indígenas, en general resulta ser crucial no solo para su sostenibilidad material, sino para su existencia como estructura social y cultural. No valorar dichos elementos podría generar consecuencias perjudiciales de difícil o imposible reversión.

Estas omisiones se evidencian en las recomendaciones entregadas al Estado peruano por el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CEDR) en su informe de 2009, en las que expresó:

Su preocupación ante los conflictos que puedan surgir como resultado de la falta de consenso sobre un proyecto nacional compartido por la sociedad peruana en la totalidad de su expresión multicultural y multiétnica, en particular en el ámbito de la educación, proyectos de desarrollo y protección del medio ambiente.

El Comité recomienda que el Estado Parte lleve a cabo un proceso participativo e incluyente para llegar a determinar la visión de nación que mejor representa la diversidad étnica y cultural de un país tan rico como el Perú, puesto que una visión compartida e incluyente puede orientar el camino del Estado parte en sus políticas públicas y proyectos de desarrollo.

(CEDR, 2009, párr. 41.23).

Pese a esta recomendación, lo que se observa es el rechazo de la diversidad de concepciones indígenas en el desarrollo de políticas públicas, iniciativas legislativas y proyectos de gran envergadura que afectarán considerablemente sus recursos y medios de subsistencia tanto como sus prácticas consuetudinarias culturales. Los usos asignados al agua por los indígenas pueden formar un escenario de interacción social y cultural distinto al ámbito dominante oficial, por su parte, las relaciones que se desarrollan a través de la gestión de este elemento identificadas, además, con celebraciones y costumbres locales, pueden formar parte del soporte de la vida de dichas poblaciones. Esta estrecha identidad que los une con la tierra y el agua genera el reclamo para el respeto, la participación y el acceso físico de los recursos hídricos en sus territorios.

Con el marco normativo peruano actual,¹¹ si bien se avanza en varios aspectos importantes, aún queda observar la operatividad, legitimidad y dinamismo que este representará en la realidad y la práctica cotidiana. Es importante rescatar el interés y la prioridad otorgada por dicho marco hacia un manejo integral del agua y por cuencas (como unidades geográficas en el ciclo hidrológico) en lugar

de hacerlo por sectores que atomizan el recurso como si no existiesen diversos usuarios y diferente usos que dependen del mismo caudal o fuente hídrica; hacia el reconocimiento de los usos del agua en las comunidades campesinas y nativas haciendo explícito el respeto del Convenio 169 de la OIT; hacia el reconocimiento del recurso hídrico como bien social, económico, cultural y ambiental; hacia un mayor empoderamiento para el orden en el uso y aprovechamiento del recurso a través de una Autoridad Nacional como ente rector; y hacia el orden y disposición de información relacionada a dicho recurso para facilitar su gestión.

No obstante ello, no sería correcto afirmar que dicho marco normativo tenga un correlato con la pluralidad real del uso y derechos asumidos por la diversidad de usuarios del agua. La duplicidad de funciones, contradicciones y vacíos generados en la práctica mantendrían los mismos problemas mientras los cambios realizados no surjan como parte de una reflexión integral y participativa de funciones y competencias que se plasmen en una institucionalidad dentro de la diversidad de realidades locales en el Perú.

Tomar en cuenta lo anterior fortalecería el uso del recurso de manera de cumplir objetivos de sostenibilidad, eficiencia y equidad; además de utilizar un enfoque más adecuado atendiendo a los componentes económico, social y cultural del mismo, caso contrario se limitaría su administración integral y fracturaría la coexistencia de su uso múltiple y diverso, repercutiendo negativamente en su contenido como derecho humano.

6 Consideraciones finales

Los conflictos por los usos, significados y apropiación del agua, la toma de decisiones sobre el mismo y la participación en su gestión se ilustran en los casos analizados anteriormente en Perú, Chile, así como en los estados del oeste de los Estados Unidos. Si bien no fue objeto de la presente investigación analizar los modelos teóricos políticos y económicos para la regulación de los recursos hídricos, entender y considerar los efectos de las normas jurídicas aplicables a la gestión del agua, en tanto los distintos valores y componentes que adquiere ésta, resultan necesarios para el desarrollo del derecho humano al agua. Ello debido a que los sistemas normativos que se implementen no deben ser ajenos al campo de los derechos humanos cuando operan en relación a ellos y los afecten directa o indirectamente. La ausencia de dichas valoraciones en la construcción jurídica que se haga sobre el derecho al agua significaría desconocer los componentes que lo determinan, y por tanto la protección que se intente será incompleta.

En las situaciones descritas dentro del análisis casuístico de los tres modelos presentados, se observa que la relevancia en las actividades y necesidades humanas; y, las relaciones de diverso tipo que se establecen en relación al agua, además del carácter multifuncional que posee, lo convierten en un recurso altamente estratégico y conflictivo entre sus demandantes. En lo atinente a las poblaciones indígenas, se evidencia en todos los casos la amenaza a que se limite su disfrute y disposición por la ausencia de un acercamiento integral que tenga en cuenta los componentes descritos, incluso existiendo algún tipo de reconocimiento jurídico respecto de las particularidades existentes entre ellas y dicho recurso natural.

Por ello, se puede afirmar que un enfoque parcial del agua produce no solo ineficiencias globales sino también afectaciones a derechos y libertades fundamentales en general, dependiendo de las externalidades y daños producidos. Si un órgano jurisdiccional, legislador o generadores de políticas públicas no consideran dichos componentes se generarían aún mayores posibilidades de afectar el ejercicio de dicho derecho.

De los casos expuestos se desprende que el problema recurrente de implementar soluciones y modelos universales con perspectivas parciales en forma impositiva y vertical, desconoce y deja de considerar los efectos – muchas veces lamentables y trágicos – que producen en las personas y sociedades sobre las que se aplican. También desconoce las contradicciones en que se incurre al aplicarlos, por no lograr entender las dinámicas y naturaleza de reglas locales, en este caso sobre la gestión del agua dentro de las comunidades indígenas. Como bien lo mencionó el CDESC:

Los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas [...]. Lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías. El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras.

(CDESC, 2002, párr. 11).

Lo anterior se basa en la aplicación del respeto y promoción de los derechos humanos, concepto siempre complejo e inacabado, a las formas de desarrollo vigentes, lo que se traduce en una expansión de libertades y capacidades de los individuos para su bienestar, en forma individual y comunitaria.

Al sostener que los derechos humanos tienen como punto de referencia al ser humano y su dignidad, se sostiene que estos siempre tendrán un carácter fluido y dinámico, por tanto serán un producto abierto e inacabado sustentado en la dignidad de la persona humana y las condiciones del devenir histórico que los hagan surgir. Es decir, el derecho al agua de los pueblos indígenas adquirirá mayor fortaleza cuando mayor sea la conciencia de que el mismo es una exigencia ético-jurídica para su tutela normativa y jurisprudencial.

Consecuentemente, creemos que el hecho de visibilizar las prácticas consuetudinarias y las relaciones sociales desplegadas en las comunidades indígenas, así como la toma de decisiones relacionadas al control de la gestión del agua en ellas, ayudarán a establecer una protección más efectiva de su derecho al agua, además de propiciar un marco normativo que promueva oportunidades de crecimiento y desarrollo adecuados a su realidad. Esto no significa bajo ninguna circunstancia, idealizar las prácticas allí desarrolladas. Por el contrario estudiarlas de manera crítica y objetiva, sin descontextualizarlas o fragmentarlas para la aplicación de algún modelo o política de desarrollo, resulta indispensable.

De lo hasta aquí analizado; se sostiene que al considerar y evaluar las dinámicas de desarrollo y los diferentes elementos que intervienen en la regulación

y protección jurídica del agua se deben tener presentes sus componentes económico, social y cultural para ponderar los diferentes demandas existentes y derechos involucrados. Para las poblaciones indígenas, los efectos de la imposición de normas sin considerar sus esquemas y visiones particulares, suelen ser devastadores para sus estructuras sociales, formas de relación económica e interdependencia cultural.

Para entender esto, por ejemplo, se puede recurrir a Boelens cuando manifiesta que “[e]l agua en las comunidades andinas es frecuentemente un recurso extremadamente poderoso. [Es] a menudo un fundamento de las prácticas reproductivas, productivas, sociales y religiosas, y de la identidad local [...]” (BOELEN, 2007, p. 51). Agrega que:

[...] Sin embargo, las Leyes de Agua neoliberales (como la Chilena) o las políticas instrumentales verticales e impuestas (Como en Ecuador y Perú) no solamente han ignorado las formas de gestión indígenas y campesinas consuetudinarias, sino que han tenido consecuencias concretas, a menudo devastadoras, sobre la gente más pobre de la sociedad.

(BOELEN, 2007, p. 56).

Bajo el marco de esta investigación, al identificarse especialmente tres componentes particulares del agua: uno económico, uno social y otro cultural, y podríamos agregar otro ambiental e incluso político, se comprueba la diversidad de valores que se le otorga, situación que adquiere mayor tensión cuando sobre el mismo flujo hídrico existen demandas rivales para su destino, y cuando los efectos que puedan producir en los usuarios tributarios de él sean perniciosos desde una evaluación integral.

No menos importante es la situación de pobreza y su relación con el acceso al agua potable y a instalaciones sanitarias adecuadas como condición necesaria para adquirir niveles de vida mínimos con relación a la dignidad de la persona humana. Así lo demuestra la preocupación manifestada por el Consejo de Derechos Humanos:

[...] por el hecho de que aproximadamente 884 millones de personas no tengan acceso a fuentes de agua mejoradas según la definición del informe de 2010 del Programa Conjunto de Monitoreo de la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, y de que más de 2,600 millones de personas no tengan acceso a servicios básicos de saneamiento [...].

(CDH, 2010, p. 2).

Como es obvio, dicho déficit trae trágicas consecuencias para la vida pues además de generar la proliferación de enfermedades relacionadas a la carencia de agua o uso de aguas contaminadas y falta de infraestructura sanitaria básica, como sucede con la mayor cantidad de pueblos indígenas, se obstaculiza el desarrollo de quienes no disponen de ella; y más grave aún, se incrementan los índices de mortalidad. Segerfeldt lo resalta al indicar que “[l]a falta de acceso al agua provoca 12 millones de muertes al año, en otras palabras, por la falta de acceso al agua potable mueren 22 personas por minuto [...]” (SEGERFELDT, 2006, p. 28).

Haber dado un acercamiento desde estos tres componentes impide soslayar conceptos y externalidades en los usos del agua para las diversas actividades que se sirven de él. Entender sus formas de manifestación integralmente coadyuvaría a diseñar esquemas y tener enfoques más completos y adecuados a la protección del derecho al agua, en tanto bien natural sensible, y a la generación de plataformas de desarrollo humano.

En ese orden de ideas se puede concluir sosteniendo que es erróneo reducir el significado del agua a uno de sus componentes soslayando los diversos significados que las sociedades, especialmente los indígenas, atribuyen a dicho recurso, ya que, para ellas el agua no es un simple recurso natural, este:

[t]iene dimensiones trascendentales en la estructura social e identidad colectiva de los pueblos y comunidades indígenas. Por eso, los debates y las leyes que no tomen en cuenta los múltiples significados del agua y otros recursos pueden tener resultados nefastos en esos pueblos y comunidades y, de hecho, originan movimientos de oposición y resistencia.

(GUEVARA, 2009, p. 125).

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- BAUER, Carl J. 2002. **Contra la corriente**: privatización, mercados de agua y el Estado en Chile. Santiago: LOM Ediciones, Fundación Terram; Washington, DC: Resources for the Future.
- BOELEN, Rutgerd. 2007. Aguas locales, políticas culturales y leyes universales: la gestión hídrica indígena frente a la legislación nacional y las “políticas de participación”. In: BOELEN, Rutgerd et al. (Eds.). **El agua y los pueblos indígenas**. París: UNESCO. p. 48-65.
- BOELEN, Rutgerd et al. 2006. Agua, identidad y legislación especial. In: BOELEN, Rutgerd; GETCHES, David H.; GUEVARA GIL, Jorge Armando (Eds.). **Agua y derecho**: políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos (IEP); WALIR; Abya-Yala. p. 131-188.
- BUDDS, Jessica. 2007. Derechos de agua, pobreza y manejo ambiental en Chile: recursos hídricos, minería y pueblos indígenas en el Norte Grande. In: BOELEN, Rutgerd et al. (Comps.). **Pluralismo legal, recursos hídricos y políticas de reconocimiento**: Memorias del Congreso Internacional WALIR, noviembre de 2006, Cusco, Perú. Wageningen, Países Bajos: Wageningen University. p. 157-174.
- CASTRO, Milka. 2007. Normas locales y competencia sobre el agua en las comunidades Aymaras y Atacameñas del Norte de Chile. In: BOELEN, Rutgerd;

- HOOGEN DAM, Paul (Eds.). **Derechos de agua y acción colectiva**. Reimpr. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos (IEP). p. 240-260.
- CHILE. Junta de Gobierno de la República de Chile. 1977. **Decreto con fuerza de ley n° 1.939**. Normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado.
- _____. Junta de Gobierno de la República de Chile. 1981. **Decreto con fuerza de ley n° 1.112**. Código de Aguas.
- _____. Congreso Nacional de Chile. 1992. **Ley n° 19.145**. Modificación de los artículos 58 y 63 del Código de Aguas.
- _____. Congreso Nacional de Chile. 1993. **Ley n° 19.253**. Ley Indígena.
- _____. Presidencia de la República. 2005. **Decreto Supremo n° 100**. Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (CDESC). 2002. **Observación General n° 15**: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Documento de Naciones Unidas E/C.12/2002/11.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (CEDR). 2009. Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Documento de Naciones Unidas A/64/18.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (CDH). 2010. **Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento**. Documento de Naciones Unidas A/HRC/15/L.14.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE EL AGUA Y EL MEDIO AMBIENTE (CIAMA). 1992. **Declaración de Dublín**.
- DONOSO, Guillermo. 2004. Chile: estudio de caso del Código de Aguas. In: DONOSO, Guillermo et al. **Mercados (de derechos) de agua**: experiencias y propuestas en América del Sur. Por Guillermo Donoso, Andrei Jouravlev, Humbeto Peña y Eduardo Zegarra. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). p. 25-48.
- DOUROJEANNI, Axel; BERRIOS, Jorge. 1996. **Eficiencia igual mercado igual propiedad del agua**: una ecuación incompleta (el caso de Chile). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
- DOUROJEANNI, Axel; JOURAVLEV, Andrei. 1999. **El Código de Aguas de Chile**: entre la ideología y la realidad. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- GELLES, Paul. 2007. Política cultural y resistencia local en la irrigación de la sierra. In: BOELEN, Rutgerd; HOOGEN DAM, Paul (Eds.). **Derechos de agua y acción colectiva**. Reimpr. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos (IEP). p. 47-62.

- GENTES, Ingo. 2006. La interacción de los derechos locales e indígenas de agua con la legislación chilena. In: BOELEN, Rutgerd; GETCHES, David H.; GUEVARA GIL, Jorge Armando (Eds.). **Agua y derecho: políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales**. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos (IEP); WALIR; Abya-Yala. p. 255-284.
- _____. 2007. Las reformas al Código de Aguas en Chile: ¿Más de lo mismo o cambio de paradigma en las políticas hídricas? In: BOELEN, Rutgerd et al. (Comps.). **Pluralismo legal, recursos hídricos y políticas de reconocimiento: Memorias del Congreso Internacional WALIR**, noviembre de 2006, Cusco, Perú. Wageningen, Países Bajos: Wageningen University. p. 175-198.
- GETCHES, David. 2006. La defensa de los derechos de agua con las leyes de la cultura dominante: el caso de los Estados Unidos. In: BOELEN, Rutgerd; GETCHES, David H.;
- GUEVARA GIL, Jorge Armando (Eds.). **Agua y derecho: políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales**. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos (IEP); WALIR; Abya-Yala. p. 227-254.
- GUEVARA GIL, Jorge Armando. 2007. La legislación oficial de aguas frente a los derechos indígenas y campesinos en el Perú. In: BOELEN, Rutgerd et al. (Eds.). **El agua y los pueblos indígenas**. Paris: UNESCO. p. 144-167.
- _____. 2008. Derecho de aguas, pluralismo legal y concreción social del derecho. In: GUEVARA GIL, Jorge Armando (Ed.). **Derechos y conflictos de agua en el Perú**. Lima, Perú: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); WALIR; Concertación. p. 147-162.
- _____. 2009. **Diversidad y complejidad legal: aproximaciones a la antropología e historia del derecho**. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- HENDRIKS, Jan; SACO, Victor. 2008. Gestión local del agua y legislación nacional. In: GUEVARA GIL, Jorge Armando (Ed.). **Derechos y conflictos de agua en el Perú**. Lima, Perú: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); WALIR; Concertación. p. 139-146.
- HICKS, Gregory A. 2010. Acequias of south-western US in tension with state water laws. In: BOELEN, Rutgerd; GETCHES, David H.; GUEVARA GIL, Jorge Armando (Eds.). **Out of the mainstream: water rights, politics and identity**. London: Sterling, Va.: Earthscan. p. 223-234.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH). 2006. **Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo**. Nueva York; Ginebra: Naciones Unidas.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). 2009. **Resultado de la reunión de expertos internacionales sobre el derecho humano al agua**, Paris, julio. Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001854/185432s.pdf>>. Visitado el: 10 Nov. 2012.

- OSSIO ACUÑA, Juan M. 1992. **Parentesco, reciprocidad y jerarquía en los Andes:** una aproximación a la organización social de la comunidad de Andamarca. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Fondo Editorial.
- PEÑA, Humberto. 2004. **Chile: 20 años del Código de Aguas.** In: DONOSO, Guillermo et al. **Mercados (de derechos) de agua:** experiencias y propuestas en América del Sur. Por Guillermo Donoso, Andrei Jouravlev, Humbeto Peña y Eduardo Zegarra. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). p. 13-24.
- PEREYRA, Carlos. 2008. Conflictos regionales e intersectoriales por el agua. In: GUEVARA GIL, Jorge Armando (Ed.). **Derechos y conflictos de agua en el Perú.** Lima, Perú: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); WALIR; Concertación. p. 81-99.
- PERÚ. Congreso de la República. 2009. Ley n° 29.338: Ley de Recursos Hídricos.
- PERÚ. Presidencia de la República. 2010. Decreto Supremo n° 001-2010-AG: Reglamento de la Ley n° 29.338.
- RIVERA, José A.; MARTÍNEZ, Luis Pablo. 2009. La cultura de las acequias, paisajes históricamente irrigados de Nuevo México = Acequia culture: historic irrigated landscapes of New Mexico. **Agricultura, Sociedad y Desarrollo**, Texcoco, México, DF, Colegio de Postgraduados (Colpos), v. 6, n. 3, p. 313-330, sept./dic.
- SEGERFELDT, Fredrik. 2006. **Agua privada para todos:** cómo la empresa y el mercado pueden solucionar la crisis mundial del agua. Lima, Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).
- STAVENHAGEN, Rodolfo. 2003. **Derechos humanos y cuestiones indígenas:** informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la Resolución 2003/56 de la de la Comisión, Adición Misión a Chile, E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC). 2011. **Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 01939-2011-PA/TC.** Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01939-2011-AA.html>>. Visitado el: 10 Nov. 2012.
- WILKINSON, Charles F. 2010. **Indian water rights in conflict with State water rights:** the case of the Pyramid Lake Paiute Tribe in Nevada, US. In: BOELEN, Rutgerd; GETCHES, David H.; GUEVARA GIL, Jorge Armando (Eds.). **Out of the mainstream:** water rights, politics and identity. London; Sterling, VA.: Earthscan. p. 213-222.

NOTAS

1. La Asamblea General de Naciones Unidas reconoce por primera vez el derecho al agua potable como un derecho humano a través de su resolución A/RES/64/292 emitida en la sesión de 28 de julio de 2010.
2. Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos este enfoque "es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos. Su propósito es analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto de poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo" (OACDH, 2006, 15).
3. Esta Declaración se adoptó como parte de una reunión técnica previa a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que se desarrolló en Río de Janeiro en junio de 1992.
4. Al desarrollar dicho principio se manifiesta que es esencial reconocer el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible. Agrega que la falta de consciencia del valor económico de este recurso ha conducido a un uso con efectos negativos para el medio ambiente. (CIAMA, 1992, principio 4).
5. Bajo una lógica de economía política en sentido liberal, por ejemplo, al considerar al agua como un bien escaso se requeriría el otorgamiento de derechos de propiedad sobre el mismo con el objeto de crear un esquema de incentivos sobre los titulares del derecho, de manera tal que se promoviera el uso eficiente del bien y la internalización de las externalidades que puedan producirse. Bajo este modelo, además, estos derechos de propiedad deberían estar insertos en una lógica de libre mercado para llegar a sus usos más valiosos.
6. Para ver algunos ejemplos dónde el operador de la distribución del agua potable se concesionó y los resultados de abastecimiento y calidad mejoraron véase la descripción hecha en: SEGERFELDT, 2006, p. 83-103.
7. El artículo 5 del Código de Aguas de 1981 dice: "Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código" (CHILE, 1981).
8. Al respecto ver: Ley n° 19.253, donde se protegen las tierras indígenas y sus recursos naturales, prohibiendo cualquier acción que los deteriore o amenace su agotamiento, de manera expresa establece que no se puede otorgar nuevos derechos de agua sobre acuíferos que surtan a las aguas de propiedad de comunidades indígenas (CHILE, 1993); y, ii) la Ley n° 19.145 que modificó el código de aguas y protege los acuíferos que alimentan los bofedales de las regiones norte de Tarapacá y Antofagasta (CHILE, 1992). Además se encuentra el decreto ley n° 1.939 de 1977 que prohíbe la ejecución de proyectos contrarios a la conservación del medio ambiente y los ecosistemas (CHILE, 1977).
9. En el 2004, por ejemplo, la Corte Suprema chilena, resolvió el caso "Toconce v. Empresas de Servicios Sanitarios de Antofagasta, ESSAN S.A.", en donde reconoció la titularidad de derechos de agua a la comunidad indígena de Toconce sentando como jurisprudencia que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, derivadas de prácticas consuetudinarias, constituye dominio pleno (GENTES, 2006, p. 271).
10. El autor recoge que la afectación latente a derechos de personas no indígenas sobre el agua se refleja, por ejemplo, en la lucha de las tribus para hacer uso de sus aguas de acuerdo a sus demandas culturales y el uso de las fuentes hídricas pertenecientes a la reserva indígena por parte de personas no indígenas que se beneficiaron de ellas por muy largo tiempo.
11. Al respecto ver Ley de Recursos Hídricos, Ley n° 29338, aprobada el 23 de marzo de 2009 y su reglamento, Decreto Supremo n° 001-2010-AG, aprobado el 23 de marzo de 2010.

ABSTRACT

This article demonstrates the economic, social, and cultural values and meanings given to water, with particular emphasis on the relationship between indigenous communities and this natural resource. This analysis is developed taking into consideration that because they are in a situation of vulnerability in contemporary societies, indigenous communities often find that official approaches do not necessarily respect their ways of life and their worldviews, thereby limiting their freedoms and threatening their ability to fully enjoy their rights.

The following is a detailed study of three different models for water resource management and their effects on the rights of indigenous communities. This study will contribute to the observation of the need to address the right to water, taking into account the sustainable and efficient use of resources and respecting the particularities that arise among indigenous groups.

KEYWORDS

Water – Water management – Human rights – Indigenous people

RESUMO

Este artigo tem por objetivo evidenciar os valores e significados atribuídos à água, sob o enfoque de três componentes – econômico, social e cultural – com ênfase na especial relação entre os povos indígenas e este recurso natural. A análise se desenvolve considerando que, por se encontrarem em uma situação de vulnerabilidade nas sociedades atuais, tais povos constatarem que as abordagens oficiais não necessariamente respeitam seus respectivos modos de vida e suas concepções de mundo, limitando sua própria liberdade como grupos distintos e ameaçando o gozo de seus direitos. Serão estudadas três formas diferenciadas de gestão dos recursos hídricos em relação a seus efeitos sobre os direitos dos povos indígenas. Esta análise contribuirá para a observação da necessidade de abordar o direito à água de modo integral, tendo em vista o uso sustentável e eficiente dos recursos e respeitando as particularidades que surgem dentre os povos indígenas.

PALAVRAS-CHAVE

Água – Gestão hídrica – Direitos humanos – Povos indígenas



ANDREA SCHETTINI

Andrea Schettini está cursando la maestría en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro (PUC-Rio). Desde 2008 es investigadora del Núcleo de Derechos Humanos de la PUC- Rio

Email: schettini.andrea@gmail.com

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es demostrar la necesidad de la adopción de un nuevo paradigma inclusivo e intercultural de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas de América Latina. Por medio de un análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se presentan algunos avances y limitaciones de las propuestas de construcción de nuevas alternativas para las cuestiones indígenas en la región. Este análisis será realizado a través del estudio de tres parámetros fundamentales establecidos por la Corte en los precedentes existentes hasta el momento: el concepto de vida digna; la protección de la propiedad comunal; el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Original en portugués. Traducido por Maité Llanos.

PALABRAS CLAVE

Pueblos indígenas – Derechos humanos – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Vida digna – Propiedad comunal – Consulta previa



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

POR UN NUEVO PARADIGMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Andrea Schettini

1 Introducción

En América Latina, los pueblos indígenas se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, caracterizada por la discriminación racial, social y económica. Estimada entre 35 y 55 millones (NACIONES UNIDAS, 2005, p. 48), la población indígena continúa siendo la más pobre de nuestra región, encontrándose al margen de la estructura social, política y económica desarrollada por los países latinoamericanos (NACIONES UNIDAS, 2010).

Esta situación histórica es consecuencia de la lógica injusta de la colonización que se perpetúa hasta la actualidad, a través de políticas estatales discriminatorias y excluyentes que resultan en la pérdida progresiva de territorios ancestrales de los pueblos indígenas, en la desagregación de las comunidades, y en la negación a sus miembros de los derechos más básicos (NACIONES UNIDAS, 2005, p. 50). Aún si se reconoce un cambio en la postura de los Estados, especialmente en los últimos veinte años, con la adopción de legislaciones nacionales y con la ratificación de instrumentos internacionales, tales cambios no fueron suficientes para garantizar que se efectivicen los derechos de las comunidades indígenas.

Este tema se torna de extrema importancia en el contexto actual de América Latina. Como resultado de los modelos de desarrollo económico adoptados

* Este artículo fue producido en la primera edición del Programa de Incentivo a la Producción Académica en Derechos Humanos, entre febrero y mayo de 2012. El programa, una colaboración entre Conectas Derechos Humanos y la Fundación Carlos Chagas, se encuentra actualmente en su segunda edición. Más informaciones se encuentran disponibles en: <http://www.conectas.org/en/sur-journal/see-the-list-of-candidates-selected-for-sur-journalundefineds-program-to-encourage-academic-production?pg=2>. Visitado en: Dic. 2012

por los países latinoamericanos, uno de los fenómenos que debe recibir mayor atención actualmente en la región, es la intervención estatal y privada en las áreas indígenas para la ejecución de mega-proyectos de infraestructura y bio-prospección, así como para la explotación de minerales, hidrocarburos y otros recursos naturales. Motivados por estos fines, Estados y empresas multinacionales, violan reiteradamente los derechos de los pueblos indígenas y consecuentemente, ponen en riesgo su integridad y supervivencia (MONDRAGÓN, 2010, p.31)

En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo demostrar la necesidad de adoptar un nuevo paradigma inclusivo e intercultural de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas de América Latina. Por medio de un análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹ serán presentados algunos avances y limitaciones en la búsqueda de la construcción de nuevas alternativas para las cuestiones indígenas en la región. Ese análisis será realizado a través del estudio de tres parámetros fundamentales establecidos por la Corte en los precedentes existentes hasta el momento: el concepto de vida digna; la protección de la propiedad comunal; el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

2 El paradigma moderno occidental de la colonización

Es importante señalar que históricamente el desarrollo, en América Latina, fue el argumento que sirvió de apoyo para el discurso político asociado a la lógica de la modernidad y del modelo capitalista (QUIJANO, 2010, p. 49-51). El concepto de desarrollo, adoptado históricamente por los Estados latinoamericanos, y reproducido hasta la actualidad, se vincula a una lógica antidemocrática de explotación de la naturaleza y de mercantilización de los recursos naturales, justificada por una ética productivista y depredadora.

Dentro del contexto actual de América Latina, no se puede perder de vista que las cuestiones indígenas deben ser debatidas teniendo como telón de fondo el proceso histórico de la colonialidad del poder – a través del cual la jerarquía entre las razas se introdujo como una forma de explotación y de dominación social y el eurocentrismo se impuso como modelo de producción y de control de la subjetividad (QUIJANO, 2005, p. 33) – y el proceso de imposición del paradigma de la modernidad occidental hegemónica – fundamentado en el individualismo y antropocentrismo, en la idea de un progreso lineal y absoluto, en la oposición entre sociedad y naturaleza, en la mercantilización de la naturaleza y privatización del medioambiente, en el economicismo por medio del cual la calidad de vida y el bienestar son medidos estrictamente por el criterio de desarrollo económico (ECHEVERRÍA, 1995, p. 140-155).

Más allá de las dimensiones económicas y políticas, el colonialismo tuvo una fuerte dimensión epistemológica que no concluyó con la independencia de las colonias. Según Boaventura, el colonialismo fue responsable de un verdadero *epistemicidio*, o sea, de la muerte de conocimientos alternativos y de la consecuente liquidación y subalternización de los grupos que se basaban en tales conocimientos (SANTOS; MENESES; NUNES, 2006, p. 17). Según este autor, el pensamiento moderno occidental se caracteriza por un pensamiento abismal, ya que se fundamenta en la imposibilidad de la co-presencia de otros tipos de conocimiento, imponiendo la inexistencia, la

invisibilidad y la ausencia no dialéctica de lo diferente (SANTOS, 2010, p. 32). Debido a la imposición de una forma de conocimiento occidental hegemónico, el conocimiento de los pueblos indígenas se redujo a la irracionalidad y a la condición de inferioridad y, por lo tanto, quedó excluido de gran parte de la historia.

Nótese que el paradigma occidental moderno, basado fundamentalmente en la lógica capitalista de desarrollo, contraría completamente a las formas de vida, a las expresiones culturales, a las costumbres y a las prácticas de los pueblos indígenas, basadas esencialmente en su forma colectiva de organización y en la relación espiritual que poseen con su territorio ancestral y con el medioambiente. Al desconsiderar las especificidades de los pueblos indígenas y al impedir su participación en la toma de decisiones que afecten sus intereses, las políticas de desarrollo económico, establecidas por los Estados y por los organismos internacionales en América Latina, excluyen a los indígenas de la esfera social, política y económica, sometiéndolos a la situación de extrema vulnerabilidad en la cual se encuentran actualmente.

A pesar de que esos pueblos sean uno de los grupos que más sufrió y continúa sufriendo violaciones sistemáticas de sus derechos, a través del genocidio y del *epistemicidio*, el correr del tiempo demostró su capacidad de resistencia y supervivencia. La lucha de los indígenas, resultado de la batalla histórica de esos pueblos contra el paradigma de la modernidad hegemónica y de la resistencia frente a la colonialidad, se dirige esencialmente a la construcción de un sistema alternativo al modelo económico capitalista neoliberal y al patrón actual de poder (MACAS, 2010, p. 15). Los modelos pro-civilizatorios y desarrollistas hegemónicos de nuestra región están llegando, si es que aún no llegaron, a un completo agotamiento, comprobado por las graves crisis climáticas y ambientales que estamos viviendo (HUANACUNI, 2010, p. 18).

El análisis de la cuestión indígena en América Latina muestra, de esta forma, la necesidad de ir más allá de la simple afirmación de la igualdad formal de los pueblos indígenas y de exigir la construcción de alternativas que abran espacio a una real descolonización de las relaciones sociales, políticas y económicas (QUIJANO, 2005, p. 34).

3 La inclusión de las demandas indígenas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La inclusión de los derechos indígenas en la agenda internacional de los derechos humanos, enriqueció recientemente el debate sobre esta temática y fortaleció la lucha indígena por la superación del paradigma moderno occidental de la colonización. En las últimas dos décadas, debido principalmente a la resistencia y al activismo de los pueblos indígenas, sus demandas han sido progresivamente incorporadas en el orden internacional, ganando espacio en el ámbito de Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos – OEA, de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, entre otras instituciones internacionales (ANAYA, 2004b, p. 14).

Como resultado de ese proceso, se observa el surgimiento de un cuerpo innovador de normas y prácticas internacionales de protección de los pueblos indígenas, que buscan reconocerlos como sujetos de derechos colectivos en la esfera internacional, destacándose la creación del Foro permanente de la ONU sobre cuestiones indígenas en 2000, que se reunió por primera vez en mayo de 2002, la

adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en 1989; y, más recientemente, la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007.

Sin embargo, la inclusión de demandas y reivindicaciones indígenas en el sistema internacional no impide las posibles críticas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como ha destacado correctamente Herrera Flores, siempre es importante adoptar una visión crítica y cuestionar hasta qué punto un inmenso edificio normativo y jurisprudencial puede, de alguna forma, romper con la estructura de dominio y de explotación de las relaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas del capitalismo (HERRERA FLORES, 2009, p. 129).

En tanto que producto del paradigma moderno, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se mantuvo históricamente, en reiteradas ocasiones, como cómplice de la lógica colonizadora que retiró a los pueblos indígenas de sus tierras y suprimió todas sus culturas e instituciones (ANAYA, 1996, p. 39). El fundamento principal de la concepción occidental moderna de derechos humanos, se sustenta originalmente en la afirmación de un universalismo abstracto que, al proponer una identidad homogénea y la igualdad formal de todos los seres humanos, termina dejando de lado características esenciales que nos singularizan y nos diferencian a unos de los otros.

En este sentido, el derecho moderno, a través de su racionalidad abstracta y universalizadora, contribuyó para excluir a los indígenas del espacio jurídico-político estatal, al impedir una visión holística de la sociedad y al imponer una determinada forma de vida, de organizaciones y de prácticas sociales occidentales incompatibles con las formas de vida de los pueblos indígenas (DANTAS, 2003, p. 97). La crítica al universalismo abstracto de los derechos humanos es aún la más importante cuando se trata de cuestiones indígenas, ya que las reivindicaciones de esos pueblos sobre sus derechos se destinan no sólo a su condición abstracta de ser humano, sino principalmente a su condición concreta de indígena (ETXEBERRIA, 2006, p.65,70).

Cabe destacar que no se trata aquí de desconsiderar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un posible instrumento de cambio, en tanto que reflejo y consecuencia de luchas políticas, sino de dejar en claro que ese es sólo uno de los instrumentos disponibles para los pueblos indígenas en la lucha contra el modelo colonial capitalista aún operante. La lucha indígena va mucho más allá de la esfera jurídica.

Es importante señalar que, en el presente trabajo, al optar por el desarrollo de un análisis crítico de la actuación de la Corte Interamericana sobre la cuestión indígena, no se ignora la complejidad inherente a dicha cuestión, sino que se busca, por medio de ese enfoque, señalar algunos de los límites y avances en la construcción de nuevas alternativas para las cuestiones indígenas en nuestra región. Defendemos que, en el contexto reciente de internacionalización de las demandas indígenas, la jurisprudencia de la Corte ha ejercido un papel importante (RODRIGUES-PÍÑEIRO ROYO, 2006, p. 153), contribuyendo en parte con la ruptura con el paradigma moderno de exclusión y de opresión de los pueblos indígenas de América.

En el presente trabajo, serán abordados tres parámetros fundamentales desarrollados por la Corte en su jurisprudencia: el concepto de vida digna; la protección de la propiedad comunal; el derecho a la consulta previa. Cabe señalar, que sólo serán profundizados en el texto, los casos contenciosos que abordan directamente esos tres parámetros.²

4 El concepto de vida digna en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

En la jurisprudencia interamericana, el derecho a la vida, se entiende no sólo como el derecho de todo ser humano a no ser privado arbitrariamente de su vida, sino también como el derecho fundamental de toda persona a las condiciones necesarias para una vida digna (CORTE IDH, 2010, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, par. 186; CORTE IDH, 2006, *Comunidad Indígena Sawboyamoxa vs. Paraguay*, par. 150). A través de esta interpretación más amplia del derecho a la vida, la Corte afirma no sólo la obligación negativa del Estado de no privar ilegalmente de la vida a sus ciudadanos, sino que llama la atención sobre el deber positivo del Estado de actuar y crear las condiciones necesarias para garantizar una vida digna para todas las personas.

De esta forma, el derecho a la vida, en la jurisprudencia de la Corte, se relaciona intrínsecamente con los derechos económicos, sociales y culturales, siéndole atribuida al Estado una función de garante, por la cual debe asegurar las condiciones de vida favorables al desarrollo pleno de los sujetos, lo que implica la garantía de otros derechos fundamentales como el derecho al trabajo, a la educación, a la salud y a la alimentación, entre otros previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (GARCÍA RAMÍREZ, 2006, para. 18, 20).

Esa concepción más amplia del derecho a la vida, como vida digna, aparece en la jurisprudencia interamericana en tres casos que abordan específicamente la protección de los derechos de los pueblos indígenas: *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay* de 2005, *Comunidad Indígena Sawboyamoxa vs. Paraguay* de 2006; y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, de 2010.³

En los tres casos contra el Estado de Paraguay, las comunidades indígenas, luego de ser expulsadas de sus tierras debido al proceso histórico de privatización del Chaco paraguayo, reivindicaron internamente al Estado la devolución de sus territorios ancestrales. Debido a la omisión estatal de realizar la demarcación y titulación de los territorios, los miembros de las comunidades estaban imposibilitados de tener acceso a sus tierras, lo que resultó en un estado de extrema vulnerabilidad alimentaria, médica y sanitaria amenazando continuamente la supervivencia y la integridad de dichas comunidades.

Al analizar los casos en cuestión, la Corte afirmó que cabe al Estado, en su posición de garante, adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la real protección del derecho a la vida digna, especialmente cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo. En el caso de los pueblos indígenas, la Corte resaltó que el acceso a sus tierras ancestrales y el uso de los recursos naturales están directamente vinculados a la obtención de alimentos y, por consiguiente, a la supervivencia de dichos pueblos. (CORTE IDH, 2005, *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay*, par. 162; CORTE IDH, 2006, *Comunidad Indígena Sawboyamoxa vs. Paraguay*, par. 153; CORTE IDH, 2010, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, para. 186).

En los tres precedentes analizados el Estado paraguayo fue considerado responsable por la violación del derecho a la vida digna de los miembros de las comunidades, ya que, al no permitir el acceso a los territorios ancestrales, privó a las comunidades del ejercicio de su derecho a la salud, a la educación y a la alimentación, entre otros derechos fundamentales. La Corte estableció, como medida de reparación

por la violación del derecho a la vida digna, la obligación del Estado de adoptar medidas de carácter regular y permanente que garanticen a la comunidad indígena afectada: el acceso al agua potable; asistencia médica pública; entrega de alimentos de calidad y en cantidad suficiente; servicio sanitario adecuado; y escuelas bilingües con los recursos materiales y humanos necesarios (CORTE IDH, 2006, *Comunidad Indígena Sawbayamaxa vs. Paraguay*, par. 230).

Cabe afirmar que el derecho a la vida digna es un paso fundamental que debe ser reconocido como una importante conquista para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo, no es suficiente para romper con el paradigma moderno de exclusión y de explotación de dichos pueblos. Esto se debe a que la Corte, en su jurisprudencia, construye su concepción de vida digna estrictamente relacionada a los derechos económicos, sociales y culturales, que a pesar de ser fundamentales, no son capaces de incluir la riqueza de las formas alternativas de vida de los pueblos indígenas y su voluntad de autodeterminación.

Afirmar el derecho a la vida digna sin un diálogo intercultural, o sea, sin la inclusión de los propios indígenas en el debate sobre cuáles son las condiciones esenciales de vida de estos pueblos, termina reduciendo la concepción de vida digna al “bienestar” occidental. En consecuencia, el concepto de vida digna de la Corte no va más allá de la visión del sujeto occidental, contribuyendo con la imposición de un modelo de vida occidental para estos pueblos.

En este sentido, la Corte puede y debe ir más allá de su concepción actual de vida digna, incorporando las nuevas discusiones que van surgiendo en el contexto latinoamericano. Este es un debate que está más avanzado en algunos países de la región y que gana cada vez más fuerza en América Latina a través del desarrollo de la idea del “buen vivir” de los pueblos indígenas, impulsado por la necesidad de buscar nuevas alternativas al actual modelo económico y social, claramente en crisis.

En la última década, los países latinoamericanos viven una nueva dinámica de renovación de la conciencia colectiva de los pueblos indígenas, a través de la cual conceptos tradicionales como “*Sumak Kawsay*” y “*Suma Qamaña*” – utilizados por los pueblos indígenas de Ecuador y de Bolivia para criticar el modelo actual de desarrollo y para afirmar la necesidad de una reconstrucción cultural, social y política – comienzan a constituir elementos esenciales en la discusión sobre la protección de la vida de los pueblos indígenas en América Latina (HOUTART, 2011, p. 2).

El concepto del *Buen Vivir*, desarrollado en el diálogo constante con los pueblos indígenas en el debate latinoamericano contemporáneo, no se contenta con la defensa de la dignidad y se diferencia bastante de la concepción de vida digna adoptada por la Corte. Según destaca David Choquehuanca, miembro del pueblo aymara, la idea del *Buen Vivir* busca valorizar la vivencia en comunidad, la democracia, el equilibrio con la naturaleza, la identidad indígena, sus costumbres y tradiciones (CHOQUEHUANCA CÉSPEDES, 2010 b). Según dicho autor, en lo que concierne al *Buen Vivir*, la identidad de los pueblos indígenas es un elemento aún más importante que la dignidad. La concepción de vida digna, al no estar abierta a un diálogo intercultural, afirma la necesidad de una mejor calidad de vida sin, a la vez, exigir cambios estructurales profundos, lo que termina por imponer a los pueblos indígenas un modo de vida occidental (CHOQUEHUANCA CÉSPEDES, 2010a, p.11).

Según Luis Macas, el *Buen Vivir* es un concepto y una práctica fundamentalmente comunitaria, una construcción colectiva a partir de las formas de convivencia de los seres humanos con la naturaleza, una vivencia y un pensamiento que se constituye como un pilar fundamental del proceso de construcción social del sistema comunitario en América (MACAS, 2010, p. 17). Eduardo Gudynas, a su vez, destaca que ese es un concepto que no se adecua al modelo de desarrollo convencional – que defiende el crecimiento económico, perpetuo, obsesivo, basado en la mercantilización de la naturaleza – buscando cambios sustantivos a través del compromiso con la calidad de vida y con la protección de la naturaleza. Ese autor destaca que el *Buen Vivir* no se resume a políticas asistencialistas, en la medida en que reclama cambios profundos en las dinámicas económicas, en la cadena productiva y en la distribución de las riquezas (GUDYNAS, 2010, p. 41-43).

Las ideas de *Buen Vivir*, aparecen expresamente en las constituciones de Ecuador y de Bolivia, a través de la introducción de los conceptos de “*Sumak Kawsay*” y “*Suma Qamaña*” respectivamente. A pesar de que existan algunas divergencias en la doctrina sobre la diferencia entre esos dos conceptos, su importancia está en el vínculo con la idea de “*Buen Vivir*” con los saberes y tradiciones indígenas, además de la búsqueda de cambios estructurales en la sociedad. En ambos casos hay un esfuerzo deliberado por hacer visibles las concepciones y los saberes que estuvieron ocultos por mucho tiempo, y por dar voz a los pueblos indígenas que fueron históricamente víctimas de un silencio impuesto por la colonización.

En el contexto latinoamericano actual se notan cambios significativos en este sentido. Países como Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia, luego de las reformas constitucionales realizadas en las últimas dos décadas, reconocen el carácter plurinacional y multiétnico de la configuración del Estado (YRIGOYEN FAJARDO, 2003, p. 173), que se fundamenta en la posibilidad de existencia de naciones originarias con entidades económicas, culturales, sociales, políticas y jurídicas diferentes, en el interior del propio Estado (MACAS, 2010, p. 36).

Un buen ejemplo es el caso de la constitución de Bolivia que llega a reconocer más de treinta y seis lenguas indígenas además del español, como lenguas oficiales del Estado. En Ecuador, a su vez, el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, indica una estrategia económica inclusiva, sustentable y democrática que va mucho más allá de la noción extractivista de la explotación de la naturaleza (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 107-108).

Aun tratándose de un concepto abierto y en construcción, el “*Buen Vivir*” es un elemento importante para la superación del paradigma moderno de la colonización. Ese concepto cuestiona la racionalidad del desarrollo actual, su énfasis en aspectos meramente económicos e inhumanos y su idea de un progreso ilimitado. Contribuye de esta forma, a cuestionar el dualismo que impone la separación entre la sociedad y la naturaleza, buscando restablecer la armonía entre el hombre y el medio ambiente por medio de la lógica antropocéntrica y utilitaria, adoptada por las políticas desarrollistas de la gran mayoría de los países latinoamericanos (HOUTART, 2011, p. 4).

Ese cambio de paradigma debe ser siempre visto como un proceso y, por lo tanto, no debe tomarse como algo predeterminado, sino como en constante construcción (HOUTART, 2012, p.2). La jurisprudencia de la Corte da algunos pasos

en este sentido y brinda elementos importantes para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, pero deja de ir más allá cuando limita la vida digna a la garantía de derechos económicos, sociales y culturales. A su vez, el “*Buen Vivir*” trae cambios en el plano de las ideas, cuestionando radicalmente los conceptos de desarrollo y progreso, introduciendo maneras alternativas de concebir al mundo, a través del rescate de la relación entre calidad de vida y naturaleza; y proponiendo proyectos y acciones políticas concretas (GUDYNAS, 2011, p. 2). La importancia de ese concepto consiste en darle voz a los pueblos indígenas, poniendo en cuestión una narrativa oficial constitutiva de la sociedad y de la política que encubría y justificaba siglos de opresión, explotación y exclusión (ALIMONDA, 2012, p. 32).

Por lo tanto, la crítica que se realiza aquí no descalifica los avances de la jurisprudencia interamericana, sino que resalta la necesidad de una mayor apertura de la Corte para el debate actual latinoamericano acerca del *Buen Vivir* y de la calidad de vida de los pueblos indígenas.

5 La protección de la propiedad comunal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

Tal como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), uno de los mayores problemas enfrentados actualmente, para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, es el hecho de que esas comunidades, sin título de propiedad sobre sus territorios ancestrales, están siendo gravemente afectadas por la implementación de proyectos, estatales o privados, de explotación de los recursos naturales en sus tierras (CIDH, 2009).

Frente a este panorama, la Corte ha ejercido un importante papel en la consolidación de una concepción de propiedad que busca ir más allá del concepto de propiedad privada impuesto por el paradigma moderno occidental, que se basa en la divisibilidad de la tierra, en la posesión individual, en la enajenabilidad, en la circulación mercantil y en la productividad. Ese concepto moderno de propiedad resulta absolutamente incompatible con la concepción indígena de territorialidad, fundamentada esencialmente en la idea de comunidad y en la concepción holística del derecho a la vida (GARCIA HIERRO, 2004, p. 4).

Al tratar sobre el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, la Corte adopta una interpretación alternativa de ese derecho, introduciendo la dimensión colectiva, cultural y social de la propiedad, lo que contribuye a un debate intercultural sobre la propiedad comunal de los pueblos indígenas en América Latina (BRINGAS, 2008, p. 132,144).

5.1 *El fundamento de la propiedad comunal de los pueblos indígenas*

Según la Corte, el fundamento de la propiedad comunal indígena se sustenta principalmente en la relación cultural, espiritual y material de dichos pueblos con los territorios ancestrales. Mientras que exista esta relación, el derecho de reivindicar sus territorios permanece vigente, incluso en los casos en los que la comunidad se encuentra alejada de sus tierras tradicionales por cuestiones ajenas a su voluntad,

como ocurre en la gran mayoría de los casos en los que los indígenas son expulsados de sus tierras (CORTE IDH, 2012, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, par. 146. CORTE IDH, 2006. *Comunidad Indígena Sawbayamaxa vs Paraguay*, par. 132).

En el entendimiento de la Corte, la tierra, para dichos pueblos no es meramente un objeto de posesión o un medio de producción, sino un elemento material y espiritual del que deben tener derecho a gozar plenamente, incluso para transmitir su cultura y sus tradiciones a generaciones futuras (CORTE IDH 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, par. 149; CORTE IDH, 2006, *Comunidad Indígena Sawbayamaxa vs. Paraguay*, par. 118; CORTE IDH, 2010, *Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay*, par. 124, 131). En este sentido, la Corte se opone al paradigma moderno y reconoce que la territorialidad adquiere, para los pueblos indígenas, una dimensión transgeneracional y transfronteriza, que va mucho más allá de las funciones meramente económicas de la tierra. Para los pueblos indígenas, el territorio es mucho más que una simple delimitación geográfica, es un referente espacial de su identidad colectiva (TINEY, 2010, p. 9).

Cabe mencionar que se atribuye el derecho a la propiedad comunal para los pueblos indígenas en razón de un criterio de ocupación tradicional, según el cual los territorios ancestrales se definen en función de la memoria colectiva de las generaciones presentes que aún se encuentran, física o espiritualmente, ligadas a las tierras reivindicadas (GARCÍA HIERRO, 2004, p. 7). El criterio de la tradicionalidad, en este sentido, no se vincula al tiempo cronológico, o sea, no depende del tiempo de ocupación de determinado territorio, sino que se refiere al modo tradicional de cómo el territorio es concebido por la comunidad (SILVA, 1997, p. 782).

La concepción de territorialidad indígena aplicada por la Corte en su jurisprudencia está en consonancia con el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT y con el artículo 26 de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, ya que reconocen el derecho de esos pueblos a que sea protegida la relación que mantienen con las tierras tradicionalmente ocupadas o poseídas.

Frente a tales constataciones, la Corte afirma que a pesar de que la noción indígena de dominio o posesión de la tierra no se corresponda con la concepción clásica de propiedad, merece igual protección del artículo 21 de la CADH que trata del derecho a la propiedad en el Sistema Interamericano. En su entendimiento, el concepto de propiedad y posesión debe adquirir un sentido colectivo cuando está relacionado a las comunidades indígenas, ya que no se centra en el individuo, sino en el grupo como un todo (CORTE IDH, 2012, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, par. 145. CORTE IDH, 2006, *Comunidad Indígena Sawbayamaxa vs Paraguay*, par. 143. CORTE IDH, 2001. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, par. 149).

Además, en el entendimiento de la Corte, la propiedad comunal recae no sólo en el territorio, en su aspecto físico, sino que abarca también el derecho de los pueblos indígenas a gozar libremente de su propiedad y de los recursos naturales que allí se encuentran, conforme a sus tradiciones y costumbres (CORTE IDH, 2012, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, par. 145. CORTE IDH, 2007. *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, par 146). Dicho posicionamiento, enmarcado en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, implica que dichos pueblos tienen el derecho de poseer y controlar sus territorios y los recursos naturales que allí se encuentran, sin ningún

tipo de interferencia externa, cabiendo a los Estados garantizarles el derecho de administrar y explotar sus territorios de acuerdo a su tradición comunitaria.

Es importante destacar que los derechos de los pueblos indígenas existen independientemente del título de propiedad o de los actos estatales que los reconozcan, lo que quiere decir que el ejercicio de los derechos territoriales indígenas no se condiciona al reconocimiento estatal expreso o a cualquier título formal de propiedad (THORNBERRY, 2002, p. 352). Incluso, en el entendimiento de la Corte, un sistema jurídico que condicione los derechos de los pueblos indígenas a la existencia de un título de propiedad privada sobre sus territorios ancestrales no puede ser considerado un sistema idóneo en materia de protección de estos pueblos (CORTE IDH, 2007, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, par. 111).

En base al fundamento tradicional de la propiedad comunal de los pueblos indígenas, la Corte estableció en su jurisprudencia que: (i) la posesión tradicional de los pueblos indígenas sobre sus territorios tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio otorgado por los Estados (CORTE IDH, 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tngni vs. Nicaragua*, par. 128); (ii) la posesión tradicional también otorga a las comunidades indígenas el derecho de exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y el respectivo registro (CORTE IDH, 2005, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, par. 215; CORTE IDH, 2007, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, par. 194); (iii) los pueblos indígenas que, por causas ajenas a su voluntad, hubiesen salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho a la propiedad comunal sobre las mismas, aún ante la falta de título legal (CORTE IDH, 2005, *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, para. 133); (iv) los pueblos indígenas tienen el derecho de recuperar sus tierras u obtener otras tierras de igual extensión y calidad aun cuando hubieran sido transferidas legítimamente transferidas a terceros de buena fe (CORTE IDH, 2006, *Comunidad Indígena Sawhayamaya vs. Paraguay*, par. 128-130).

5.2 *Las obligaciones estatales en la protección de la propiedad comunal de los pueblos indígenas*

Históricamente, el exterminio y dominación de los pueblos indígenas están relacionados a la dinámica capitalista de la desterritorialización que se inicia con la invasión colonial, continúa con la pérdida de las tierras debido a la expansión de las fronteras agrícolas, con la presión extractivista sobre los recursos naturales, con la realización de grandes obras de infraestructura y con la presión ejercida por los sistemas de conocimiento tradicionales que buscan hacer negocios, con la biodiversidad de los territorios indígenas (TOLEDO LLANCAQUEO, 2005, p. 85) En consecuencia, una de las principales líneas de la descolonización se vincula necesariamente a la defensa de los territorios ancestrales indígenas y al consecuente reconocimiento estatal de tal derecho (GRAY, 2009, p. 35).

La Corte desempeña un papel importante en este sentido. Ante la fundamentación del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, establece que el reconocimiento oficial de sus territorios ancestrales no es un acto discrecional estatal, sino una obligación que impone a los Estados el deber de delimitar, demarcar y otorgar el título colectivo de la tierra a los miembros de las comunidades. La delimitación y la demarcación de los territorios ancestrales indígenas es una precondition para el ejercicio de sus derechos, debiendo adoptar el Estado, medidas

especiales que garanticen el ejercicio efectivo del derecho a la propiedad comunal (CORTE IDH, 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, par. 138)

No obstante, en el entendimiento de la Corte, la propiedad comunal, aún si es comprendida como un derecho fundamental, no es absoluta, pudiendo estar sujeta a ciertos límites y restricciones. Sin embargo, la Corte determina expresamente que un Estado sólo puede restringir la propiedad comunal de los pueblos indígenas de forma excepcional cuando: i) exista previsión legal; ii) sea una medida necesaria y proporcional; y (iii) tenga un fin legítimo dentro de una sociedad democrática.

A pesar de que tales requisitos sean pasibles de críticas debido a su indeterminación, la Corte estableció que, cuando son aplicados a las comunidades indígenas, deben también tener en consideración que la restricción a la propiedad comunal no puede imponer la negación de las tradiciones y costumbres de determinado pueblo, ni tener como resultado la amenaza a la subsistencia de la comunidad y de sus miembros. Cabe señalar que la subsistencia no se resume a la supervivencia física, sino que abarca también la necesidad de preservarse y de garantizar la relación específica de las comunidades indígenas con sus territorios tradicionales de forma que puedan continuar desarrollando su modo de vida, conforme a su identidad cultural, estructura social, costumbres, creencias y tradiciones (CORTE IDH, 2012, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, par. 156; CORTE IDH, 2007, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, par. 127, 128; CORTE IDH, 2005, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, par. 144-145)

En caso de limitaciones a la propiedad comunal, debido al desarrollo de proyectos y del otorgamiento de concesiones de explotación de territorios indígenas que puedan afectar, directa o indirectamente, la forma de vida de esos pueblos, la Corte determina también que los Estados deben obedecer tres requisitos esenciales: (i) Primero, el Estado debe garantizar la participación efectiva de los miembros de la comunidad en la planificación y en la ejecución de cualquier proyecto en su territorio, debiendo también obtener el consentimiento libre, previo e informado en los casos de proyectos de gran extensión y repercusión. (ii) En segundo lugar, el Estado debe garantizar que los miembros de los pueblos indígenas se benefician razonablemente del proyecto que se pretende realizar en su territorio. (iii) Y finalmente, el Estado debe realizar, a través de entidades independientes y técnicamente capaces, estudios previos de impacto social y ambiental, buscando evaluar los posibles riesgos y daños a la comunidad (CORTE IDH, 2007, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, par. 127).

5.3 Reparaciones establecidas por la Corte en materia de violación de la propiedad comunal de los pueblos indígenas

En su jurisprudencia hasta el momento, la Corte juzgó seis casos que trataban sobre el derecho de la propiedad comunal de los pueblos indígenas.⁴ En todos, declaró que los Estados violaron el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas afectadas y estableció reparaciones que incluían medidas de restitución, de satisfacción, de no repetición, más allá del daño material e inmaterial. Serán destacados aquí algunos aspectos relevantes de las reparaciones ordenadas por la Corte.

Primero, la Corte establece que en materia de reparación, es deber de los Estados adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean

necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de los territorios indígenas, con la plena participación de las comunidades (CORTE IDH, 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, par. 164). Cabe resaltar que no compete a la Corte determinar qué territorio ancestral debe ser demarcado. Esa es una obligación que debe ser cumplida por el Estado en diálogo con los pueblos indígenas, respetando sus valores, usos y tradiciones (CORTE IDH, 2005, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, par. 216, 217).

A su vez, la Corte entiende que los Estados, en la protección del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, tiene el deber, en primer lugar, de prevenir que las comunidades sean desposeídas de sus tierras tradicionales e impedidas de usufructuar de las mismas. No obstante, en caso de que la comunidad se encuentre imposibilitada de tener acceso a sus territorios ancestrales y a los recursos necesarios para su subsistencia, los Estados deben asegurar el derecho de restitución de esos territorios, aun cuando se encuentren en posesión de propietarios de buena fe. Esto se debe a que la devolución de las tierras ancestrales a las comunidades indígenas es considerada por la Corte la medida que más se aproxima a la restitución integral. Mientras que no haya demarcación y devolución de los territorios ancestrales, la Corte determina que los Estados deben abstenerse de realizar cualquier acto que pueda llevar a sus agentes o a terceros, a impedir que la comunidad desarrolle su forma particular de vida (CORTE IDH, 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi vs. Nicaragua* par. 163; CORTE IDH, 2007, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, par. 194; CORTE IDH, 2010, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, par. 291).

Además, en la hipótesis de que un Estado se viera impedido, por motivos objetivos y fundamentados de adoptar las medidas necesarias para devolver las tierras tradicionales, deberá entregar a la comunidad indígena afectada, tierras alternativas de igual extensión y calidad, que deberán ser escogidas de forma consensual con los miembros de la comunidad, siendo respetadas sus propias formas de consulta y decisión (CORTE IDH, 2005, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, par. 217; CORTE IDH, 2006, *Comunidad Indígena Sawbayamaka vs. Paraguay*, par. 136, 210; CORTE IDH, 2010, *Comunidad Indígena Xákmok Kosek vs. Paraguay*, para. 281 – 286).

En lo que se refiere al daño inmaterial, la Corte entiende que es preciso tomar en consideración el significado especial que adquiere la tierra para los pueblos indígenas. Toda privación del acceso a los territorios ancestrales resulta en sufrimiento y angustia, y en daños irreparables para la vida, la identidad y el patrimonio cultural de las comunidades indígenas (CORTE IDH, 2007, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, par. 79, 194, 200; CORTE IDH, 2012, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, par. 315 y 322; CORTE IDH, 2005, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, par. 202, 203).

Cabe destacar que en materia de reparación, el accionar de la Corte ha sido criticado pues, a pesar de reconocer el carácter colectivo de la propiedad comunal de los pueblos indígenas, mantuvo por mucho tiempo un posicionamiento tradicional por el que se restringía a declarar sólo la violación de derechos humanos y su respectiva reparación con relación a los miembros de las comunidades individualmente, sin hacer lo mismo, de forma explícita y directa, con relación a la comunidad indígena como colectividad y sujeto independiente (VIO GROSSI, 2010).

Dicho entendimiento se apoyaba en la interpretación del artículo 1.2 de la CADH

que define el concepto de persona como restringido al ser humano, y al individuo como titular de derechos y libertades. No obstante, la individualización de las víctimas puede ir contra la misma cultura de los pueblos indígenas, mostrándose inadecuada, inútil e injusta, cuando impone a la comunidad la necesidad de enumerar a todos sus miembros para que pueda litigar en el Sistema Interamericano (CHIRIBOGA, 2006, p. 47).

En 2012, en la sentencia del caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, último caso contencioso analizado hasta el momento relativo a la violación de los derechos de los pueblos indígenas, la Corte dio un primer paso en el sentido de alterar su posicionamiento, declarando expresamente que el pueblo Sarayaku era víctima de las violaciones a los derechos humanos analizadas en la sentencia y, por lo tanto, debería ser considerado colectivamente beneficiario de las reparaciones establecidas (CORTE IDH, 2012, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, par. 284). Este nuevo posicionamiento adoptado recientemente por la Corte, fortalece la lucha indígena y posibilita la concretización de sus reivindicaciones sobre la propiedad comunal, en la medida en que estas reivindicaciones se realizan siempre en nombre de la comunidad como sujeto titular y no como propiedad individual de cada miembro (COURTIS, 2009, p. 61). En este sentido, se espera que en casos futuros, la Corte consolide ese entendimiento, afirmando a las comunidades indígenas como sujetos colectivos autónomos.

En conclusión, en lo que se refiere a la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, la jurisprudencia de la Corte muestra la importancia de pensar a la propiedad comunal dentro de un nuevo paradigma, que tome en consideración la forma colectiva particular y única de estos pueblos. Cabe mencionar que la propiedad comunal se desvincula del concepto liberal de la propiedad privada, típico del derecho civil moderno. La construcción de un nuevo paradigma de protección de los pueblos indígenas muestra, de esta forma, la necesidad de comprender a la propiedad comunal de los territorios ancestrales como una institución con características propias, basada esencialmente en la relación específica de esos pueblos con la tierra y analizada necesariamente en conjunto con sus costumbres y tradiciones.

6 El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en asuntos de su interés, es uno de los temas más difíciles y controversiales del derecho internacional (RODRIGUEZ GRAVITO; MORRIS, 2010, p. 11). La exigencia de participación, además de ser un derecho de estos pueblos y un deber de los Estados, es una condición necesaria para la concretización del respeto de las culturas, las formas de vida, las tradiciones y los derechos de las comunidades indígenas (SALGADO, 2006, p. 95).

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, ratificado por quince Estados de América Latina y el Caribe,⁵ es el instrumento internacional que mejor aborda la cuestión y el que establece en su artículo 6º que los gobiernos tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, por medio de procedimientos adecuados, respetando las instituciones representativas de los pueblos indígenas, siempre que se adopten medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente. En este sentido, los Estados tienen la obligación de poner a

disposición los medios necesarios para que los pueblos indígenas puedan participar libre e igualitariamente en todos los niveles decisorios de las políticas y programas que de alguna forma puedan afectar sus vidas.

También, de acuerdo a los artículos 18 y 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, estos pueblos tienen el derecho de participar de todas las decisiones que afecten a sus intereses, así como de mantener y desarrollar sus propias instituciones de toma de decisiones. Por eso, es deber del Estado consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por medio de sus instituciones representativas, a fin de obtener consentimiento libre, previo e informado, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten.

En el Sistema Interamericano, a su vez, el artículo 23 consagra el derecho de todo ciudadano a participar en la conducción de los asuntos públicos, directamente o a través de sus representantes electos; el derecho a votar y a ser electo y el derecho a tener acceso a las funciones públicas de su país, en condiciones de igualdad. A su vez, el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas está reconocido por la Corte como presente en la Convención Americana, por medio de la adopción de una perspectiva social del artículo 21 de la CADH relativo a la propiedad comunal (ABRAMOVICH, 2009, p. 22).

No obstante, a pesar de la existencia de un marco normativo internacional sobre el tema, continúan existiendo algunas ambigüedades con relación al derecho a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, especialmente en lo que se refiere a la posibilidad de que dichos pueblos veten la acción del Estado cuando es contraria a sus intereses (ANAYA, 2005, p. 7). En este sentido, la principal cuestión que se presenta es si basta la realización de consultas previas que escuchen la opinión de los pueblos indígenas o si es preciso, además de la consulta, la obtención del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas para que el Estado o terceros puedan tomar medidas que interfieran en los intereses de dichos pueblos.

Analizadas bajo la perspectiva de las comunidades indígenas, la consulta y la participación deben ser concebidas no sólo como un medio para el ejercicio de sus derechos políticos, sino también y principalmente como un medio necesario para la expresión de su autodeterminación (CLAVERO, 2005, p. 46), en virtud de la cual, de acuerdo a la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en sus artículos 3º y 4º, todos los pueblos tienen el derecho de determinar su condición política y de buscar libremente su desarrollo económico, social y cultural. Consecuentemente, en el ejercicio de la autodeterminación, los pueblos indígenas deben tener derecho a la autonomía y al autogobierno de cuestiones relacionadas a los asuntos internos y locales.

Comprendida como un derecho humano, la autodeterminación es la afirmación de que todos los seres humanos, individualmente o como grupos, tienen el derecho de ejercer el control sobre sus propios destinos y de participar con igualdad en la construcción y en el desarrollo del orden institucional gubernamental en el que viven, de modo que sea compatible con sus formas de vida (ANAYA, 2004a, p. 197).

Uno de los corolarios del derecho a la autodeterminación es el reconocimiento de que los pueblos indígenas tienen el derecho de rechazar o vetar acciones del Estado en sus territorios, cuando las mismas puedan afectar su integridad física o cultural. Es fundamental que los pueblos indígenas reciban todas las informaciones necesarias para que puedan llegar libremente a una decisión sobre las ventajas o desventajas de

permitir que el Estado desarrolle actividades en sus territorios ancestrales (MACKAY; BRACCO, 1999, p. 74). El derecho a la participación y a la consulta de los pueblos indígenas, con el reconocimiento del consentimiento como requisito necesario, es de esta forma, una condición inherente al ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Ese posicionamiento está previsto en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que establece, en sus artículos 19 y 32, que es necesario obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, antes que los Estados adopten decisiones que puedan afectar sus intereses, sean estas decisiones de carácter legislativo o administrativo.

Los Estados, a su vez, en la mayoría de las oportunidades, adoptan un entendimiento limitado sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, según el cual el deber de consultar se agota en la realización de un diálogo con las comunidades, cuyo resultado no es vinculante para la actuación estatal (RODRIGUEZ GRAVITO; MORRIS. 2010, p. 80). Es el mismo posicionamiento que el adoptado por el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 6.2, según el cual las consultas deben ser realizadas de buena fe, en el sentido de llegar a un acuerdo o consentimiento que no es, sin embargo, un requisito a ser cumplido por el Estado.

Para las organizaciones indígenas participantes en la redacción de dicho Convenio, el principio de la consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT no es adecuado, ya que no refleja la necesidad de hacer que los Estados tomen en cuenta la opinión de los pueblos indígenas en la ejecución de proyectos en sus territorios (SALGADO, 2006, p. 100). De acuerdo a este entendimiento, el consentimiento es simplemente visto como el resultado deseado de la consulta, pero no como requisito esencial para el ejercicio de la autodeterminación de estos pueblos. Esto cuestiona la real y efectiva participación de los indígenas en los asuntos de su interés, ya que una acción o política estatal de terceros en territorios ancestrales indígenas, puede ser considerada legítima aún sin el consentimiento de los mismos.

En lo que respecta al Sistema Interamericano, la Corte ya estableció y ha estado profundizando su jurisprudencia en el tema, habiéndose pronunciado sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en tres casos⁶ hasta el momento.

En el primer caso en el que se pronunció sobre el tema, *Saramaka vs. Suriname*, de 2005, la Corte analizó el otorgamiento por parte del Estado a empresas privadas, de concesiones de explotación de recursos naturales en territorios ancestrales del pueblo Saramaka, sin ningún tipo de consulta previa a los miembros de la comunidad. Según la Corte, para otorgar concesiones de explotación de recursos naturales en territorios tradicionales y, por lo tanto, restringir los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre su propiedad comunal, los Estados deben cumplir tres requisitos: garantizar la participación efectiva de las comunidades afectadas, asegurar que los beneficios obtenidos sean compartidos con los miembros de las comunidades y realizar estudios previos de impacto ambiental y social. La Corte agregó que el Estado tiene el deber de asegurar la participación efectiva de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en conformidad con sus costumbres y tradiciones, con relación a cualquier proyecto o plan económico de explotación o extracción que sea realizado dentro del territorio ancestral de estos pueblos (CORTE IDH, 2007, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, par. 79, 142, 146).

Al tratar sobre el derecho a la consulta, la Corte afirmó que: (i) las consultas deben ser realizadas previamente y de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados, teniendo como objetivo alcanzar un acuerdo entre las partes; (ii) los Estados deben asegurar que las comunidades tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluyendo los riesgos ambientales y para la salud, a fin de que acepten el proyecto a ser realizado en su territorio, con pleno conocimiento y de forma voluntaria; (iii) la consulta debe tomar en consideración los métodos tradicionales de toma de decisión de las comunidades indígenas y tribales (CORTE IDH, 2007, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, par. 133).

Es importante aclarar que en el caso que se analiza, la Corte explicó la diferencia entre consulta y consentimiento. Según su entendimiento, la consulta siempre es necesaria, pero el consentimiento previo de la comunidad solo se exige en caso de proyectos de gran dimensión que tengan un impacto mayor dentro del territorio ancestral (CORTE IDH, 2007, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, par. 134, 153, 154).

Posteriormente, en el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010, la Corte analizó la situación en la cual el Estado, sin la realización de consultas previas a la comunidad, estableció en parte del territorio ancestral indígena, un área de reserva natural privada, dentro de la cual se encontraba prohibida la ocupación indígena y la práctica de actividades tradicionales como la caza, la pesca y la recolección. La Corte afirmó que los Estados tienen la obligación de asegurar la participación efectiva de los miembros de la comunidad en toda decisión que afecte a sus territorios tradicionales y destacó que el establecimiento de reservas naturales, aun cuando sea en el marco de la ley y en la supuesta protección del medioambiente, podría constituir una forma nueva y sofisticada de obstáculo para las reivindicaciones indígenas relativas a su derecho a la propiedad comunal (CORTE IDH, 2010, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, par. 169).

Más recientemente, en 2012, en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte examinó la situación en la cual el Estado ecuatoriano le otorgó permiso para realizar actividades de extracción y explotación de petróleo a una empresa petrolera privada, en el interior del territorio del Pueblo Sarayaku, sin la realización de consulta previa a sus miembros. Incluso frente al reconocimiento expreso de responsabilidad internacional por parte del Estado ecuatoriano, en su sentencia, la Corte buscó destacar la importancia del derecho a la consulta previa para la protección de los pueblos indígenas, afirmando: (i) que la obligación de realizar la consulta previa, además de constituir una norma convencional, es un principio general del Derecho Internacional; (ii) que es un deber del Estado realizar la consulta previa con los pueblos indígenas, siendo un deber indelegable a terceros; y (iii) que la violación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas afecta directamente su identidad cultural, sus costumbres, su cosmovisión y sus modos de vida (CORTE IDH, 2012, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku* par. 164, 198, 220).

Es importante resaltar que, en lo que se refiere al derecho a la consulta y participación, la Corte, en su jurisprudencia, rompió parcialmente con el posicionamiento limitado adoptado por los Estados y por el Convenio 169 de la OIT en lo que se refiere a la exigencia del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. Según su entendimiento, en los casos en los que la integridad de la comunidad indígena

se vea afectada en mayores dimensiones, el Estado tiene la obligación, no sólo de realizar la consulta previa, sino también de obtener el consentimiento de la comunidad.

Sin embargo, la ruptura es apenas parcial, ya que el consentimiento solo se existe en los casos de proyectos de grandes dimensiones a ser ejecutados en los territorios indígenas. Exigir el consentimiento apenas en casos especiales, a pesar de ser un paso significativo, continúa poniendo en cuestión la efectiva participación de los miembros de las comunidades en los asuntos de su interés. Aún si es en mediana o pequeña escala, la afectación de la forma de vida de una comunidad indígena, puede causar daños irreparables a su integridad cultural. En este sentido, el consentimiento, en la jurisprudencia interamericana es aún visto en buena medida, sólo como el resultado deseado de la consulta y no como un requisito esencial para el ejercicio de la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Cabe destacar que cuando afirmamos la necesidad del consentimiento de los pueblos indígenas en cuestiones relativas a sus territorios y recursos naturales, estamos tratando de tierras y recursos que ni siquiera existirían, si el sistema de organización no fuera el indígena no predatorio. Lo que se busca aquí, por lo tanto, es abandonar la idea de que los pueblos indígenas se limiten a ser “guardianes” de sus territorios y de los recursos naturales, mientras que la administración y control de estos recursos quedarían a cargo de los Estados (CLAVERO, 2005, p. 46).

Por lo tanto, para la construcción de un nuevo paradigma de los derechos de los pueblos indígenas, es preciso reconocer el derecho a la autodeterminación de estos pueblos en todos sus alcances, de modo de garantizar que a través de la participación efectiva, disfruten de la libertad y autonomía necesarias para la preservación de su integridad física y cultural. La corte ya dio un paso importante en este sentido, pero debe ir más allá y reconocer la relación intrínseca entre consulta, participación y consentimiento necesario de los pueblos indígenas, para el ejercicio de su autodeterminación.

7 Consideraciones finales

El presente trabajo buscó, a través de un análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, demostrar la necesidad de romper con el paradigma occidental moderno de la colonización, opresor y excluyente, y comprometernos con la construcción de un nuevo paradigma inclusivo e intercultural de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en América Latina.

La Corte, a través de su jurisprudencia, ha asumido un papel importante para la concreción de ese cambio paradigmático, ya que (i) contribuyó en parte con el desarrollo del concepto de vida digna aplicado a los pueblos indígenas; (ii) rompió con el concepto moderno de propiedad privada, afirmando el derecho a la propiedad comunal, y (iii) afirmó la necesidad de que los Estados garanticen el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en asuntos de su interés, estableciendo importantes parámetros que sirven de guía para la actuación de los países latinoamericanos en esta materia.

No obstante, aún frente a los avances significativos, se presentaron en este trabajo, críticas a la actuación de la Corte, en la medida en que su jurisprudencia presenta aún algunas limitaciones que pueden y deben ser superadas para la efectiva protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En primer lugar, es necesario que la Corte promueva efectivamente un diálogo intercultural con las comunidades indígenas sobre su concepción de la vida y bienestar, de forma que no se restrinja el concepto de vida digna a una visión occidental limitada a la garantía por parte de los Estados, del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales que, a pesar de ser fundamentales, no son suficientes para englobar la riqueza de las formas de vida de esas comunidades, especialmente, la relación espiritual que poseen con sus territorios y naturaleza.

Además, se destacó la necesidad de que la Corte consolide su más reciente posicionamiento, adoptado en el caso *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, en el sentido de reconocer a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos. En el caso de los pueblos indígenas, la individualización de las víctimas, exigida hasta ese caso, se mostró incompatible con la forma de organización comunitaria de dichos pueblos.

Finalmente, este trabajo criticó el posicionamiento de la Corte sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, según el cual el consentimiento de estos pueblos es visto, en parte, sólo como el resultado deseado de la consulta y no como un requisito esencial para el ejercicio de su autodeterminación. Exigir el consentimiento apenas en casos especiales, a pesar de que sea un paso significativo, continúa poniendo en cuestión la efectiva participación de estos pueblos, en la medida en que aún si es en mediana o pequeña escala, la afectación de la forma de vida de una comunidad indígena, puede tener daños irreparables para su integridad cultural.

De esta forma, la intención del presente trabajo, al analizar la jurisprudencia de la Corte, fue señalar avances y límites de su actuación, demostrando las conquistas alcanzadas y los obstáculos a ser enfrentados en la construcción de un nuevo paradigma intercultural e inclusivo de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en América Latina.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ABRAMOVICH, Victor. 2009. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. *SUR*, São Paulo, v. 6. n. 11, p. 7-39, dez. Disponible en: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_01.htm>. Visitado en: Dic. 2012.
- ALIMONDA, Héctor. 2012. Desarrollo, posdesarrollo y “buen vivir”: reflexiones a partir de la experiencia equatoriana. *Crítica e Emancipación: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, año 4, n. 7, p. 27-58, enero/jun.
- ANAYA, S. James. 1996. *Indigenous people in international law*. Nova York: Oxford University Press.
- _____. 2004a. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración. In: CHARTERS, Claire; STAVENHAGEN, Rodolfo (Ed.). *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhague: IWGIA. p. 194-209.

- _____. 2004b. International Human Rights and Indigenous Peoples: The move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Tucson, AZ, v. 21, No. 1, p. 13-59.
- _____. 2005. Indigenous peoples' participatory rights in the relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issue of what rights indigenous people have in lands and resources. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Tucson, AZ, v. 22, No. 1, p. 7-17.
- BRINGAS, Asier Martínez. 2006. La desconstrucción del concepto de propiedad: una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, Manaus, ano 4, n. 7, p. 123-148, jul./dez.
- CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. 2006. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. *SUR*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 42-69. Disponible en: <<http://www.surjournal.org/index5.php>>. Visitado en: Dic. 2012.
- CHOQUEHUANCA CÉSPEDES, David. 2010a. Hacia la reconstrucción del vivir bien. *América Latina en Movimiento*, Quito, Ecuador, Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), año 34, n. 452, p. 8-13, feb.
- _____. 2010b. 25 postulados para entender el buen vivir. Disponible en: <http://herbogeminis.com/IMG/pdf/David_Choquehuanca.pdf>. Visitado el: 20 feb. 2012.
- CLAVERO, Bartolomé. 2005. The indigenous rights of participation and international development policies. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Tucson, AZ, v. 22, No. 1, p. 41-51.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). 2009. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc.OEA/Ser,L/V/II, Doc. 54, 30 dic. Disponible en: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo10.php?artigo=10,artigo_courtis.htm>. Visitado en: Dic. 2012.
- COURTIS, Christian. 2009. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais na América Latina. *SUR*, São Paulo, ano 6, n. 10, p. 53-81, jun.
- DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. 2003. Estado e os povos indígenas: uma proposta de relação democrática intercultural. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, Manaus, ano 1, n. 1, p. 96-109.
- ECHEVERRÍA, Bolívar. 1995. *Las ilusiones de la modernidad*. México: UNAM, El Equilibrista.
- ETXEBERRIA, Xabier. 2006. La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua. In: BERRAONDO, Mikel (Coord.) *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto. p. 63-84.
- GARCÍA HIERRO, Pedro. 2004. Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho. In: SURRALLÉS, Alexandro; GARCÍA HIERRO, Pedro (Dir.). *Terra adentro: territorio indígena y percepción del entorno*. Copenhagen: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA). p. 277-306.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2006. *Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de marzo de 2006, en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Visitado el: 15 Ene. 2012.
- GRAY, Andrew. 2009. Indigenous peoples and their territories. In: OLIVEIRA, Adolfo

- (Ed.). 2009. **Decolonising indigenous rights**. Nova York: Routledge. p. 17-44.
- GUDYNAS, Eduardo. 2010. Buen vivir: un necesario relanzamiento. **Revista Yachaykuna**, Quito, Ecuador, Instituto Científico de Culturas Indígenas (ICCI), Quito, n. 13, p. 40-46, jun.
- _____. 2011. Buen vivir: germinando alternativas al desarrollo. **América Latina en Movimiento**, Quito, Ecuador, Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), n. 462, 1-20, feb.
- GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, A. 2011. El buen vivir o la disolución de la idea del progreso. In: ROJAS, Mariano (Coord). **La medición del progreso y del bienestar**. Mexico: Foro Consultativo Científico y Tecnológico. p. 103-110.
- HERRERA FLORES, Joaquim. 2009. Dez bases para a consideração dos povos indígenas em isolamento autônomo como sujeitos de direitos humanos. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, Erechim, RS, v. 2, n. 5, p. 127-137, out. 2009.
- HOUTART, François. 2011. El concepto de *sumak kawsai* (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad. Disponible en: <<http://alainet.org/active/47004>>. Último acceso: 30 Mar. 2012.
- _____. 2012. El *Sumak Kawsai* y la integración latinoamericana. Disponible en: <<http://alainet.org/active/53358&lang=es>>. Visitado el: 30 Mar. 2012.
- HUANACUNI, Fernando. 2010. Paradigma occidental y paradigma indígena originario. **América Latina en Movimiento**, Quito, Ecuador, Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), año 34, n. 452, p. 7-22, feb.
- MACAS, Luis. 2010. El *sumak kawsay*. **Revista Yachaykuna**, Quito, Ecuador, Instituto Científico de Culturas Indígenas (ICCI), n. 13, p. 13-39, jun.
- MACKAY, Fergus; BRACCO, Mercedes. 1999. **Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional: una fuente instrumental para las organizaciones indígenas**. Lima, Perú: International Federation for Human Rights (FIDH).
- MONDRAGÓN, Héctor. 2010. Megaoroyectos. **América Latina en Movimiento**, Quito, Ecuador, Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), año 34, n. 459, p. 31-33, out.
- NACIONES UNIDAS. 2005. **The millennium development goals: a Latin American and Caribbean perspective**. LC/G.2331-P. Disponible en: <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/21540/lcg2331.pdf>>. Visitado el: 15 Ene. 2012.
- _____. 2010. Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. DPI/2551/A-09-64061. **La situación de los pueblos indígenas del mundo**. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_fact_sheets_ES.pdf>. Visitado el: 15 Ene. 2012.
- QUIJANO, Aníbal. 2005. El “movimiento indígena” y las cuestiones pendientes en América Latina. **Revista Tareas**, Panamá, n. 119, p. 31-62, ene./abr.
- _____. 2010. “Bien vivir” para redistribuir el poder: los pueblos indígenas y su propuesta alternativa en tempos de dominación global. **Revista Yachaykuna**, Quito, Ecuador, Instituto Científico de Culturas Indígenas (ICCI), n. 13, p. 47-63, jun.
- RODRÍGUEZ GRAVITO, César; MORRIS, Meghan (Dir.). 2010. **La consulta previa a los pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional**. Colombia: Universidad de los Andes.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, Luis. 2006. El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas. In: BERRAONDO, Mikel (Coord.). **Pueblos indígenas y derechos humanos**. Bilbao, España: Universidad de Deusto. p. 153-206.

- SALGADO, Juan Manuel. 2006. **Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas:** comentado y anotado. Neuquén, AR: Editorial da Universidad Nacional del Comahue (EDUCO).
- SANTOS, Boaventura de Souza. 2010. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Org.). 2010. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez. p. 31-83.
- SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula G.; NUNES, João Arriscado. 2006. Conhecimento e transformação social: por uma ecologia dos saberes. **Hiléia:** Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, ano 4, n. 6, p. 11-103, jan./jun.
- SILVA, José Afonso. 1997. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros.
- STEVENHAGEN, Rodolfo. 2004. Derechos indígenas y derechos culturales. **Diálogos en la acción**, Primera etapa, México, DF, DGPI, p. 169-180.
- THORNBERRY, Patrick. 2002. **Indigenous peoples and human rights**. Nova York: Juris Publication; Manchester, UK: Manchester University Press.
- TINEY, Juan. 2010. Tierra y territorio desde la cosmovisión del pueblo maya. **América Latina en Movimiento**, Quito, Ecuador, Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), año 34, n. 459, p. 9-12, oct.
- TOLEDO LLANCAQUEO, Victor. 2005. Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina: 1990-2004: ¿Las fronteras indígenas de la globalización?. In: DÁVALOS, Pablo (Comp.). **Pueblos indígenas, estado y democracia**. Buenos Aires: CLACSO. p. 67-102.
- VIO GROSSI, Eduardo. 2010. **Voto conconcorrente no caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai**. Sentença CIDH de 24 de agosto de 2010. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Visitado el: 28 Dic. 2012.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. 2003. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El Otro Derecho**, Bogotá, ILSA, n. 30, p. 171-195.
- _____. 2004. Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos. In: CASTRO, Milka (Ed.). **Desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho**. Santiago de Chile: Universidad de Chile. Disponible en: <<http://www.ibcperu.org/doc/isis/12459.pdf>>. Visitado el: 20 Feb. 2012.

Jurisprudencia

- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2012. Sentencia de 27 de junio de 2012. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*.
- _____. 2010. Sentencia de 24 de agosto. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*.
- _____. 2007. Sentencia de 28 de noviembre. *Pueblo Saramaka vs. Suriname*.
- _____. 2006. Sentencia de 29 de marzo. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*.
- _____. 2005. Sentencia de 17 de junio. *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*.
- _____. 2005. Sentencia de 15 de junio. *Comunidad Moiwana vs. Suriname*.
- _____. 2001. Sentencia de 31 de agosto. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*.

NOTAS

1. La Corte Interamericana es el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Tal sistema fue desarrollado a partir de la mitad del siglo XX en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA) y actualmente se basa en el accionar de dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La CIDH es considerada como un órgano autónomo, cuya función es promover la observancia y defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en ese ámbito. Como parte de sus trabajos de promoción y defensa de los derechos humanos, en 1990, decidió la creación del Relator sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que tiene por objetivo principal, la facilitación del acceso de estos pueblos al Sistema Interamericano. A su vez, la Corte, como órgano jurisdiccional, ejerce dos competencias diferentes: la contenciosa, destinada al análisis de casos concretos y medidas provisionales relativas a la violación de la Convención Americana de derechos humanos (CADH) cometidas por determinado Estado parte; y la consultiva, a través de la cual la Corte interpreta la CADH o cualquier otro tratado relativo a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Cabe resaltar que la competencia contenciosa sólo es ejercida en relación a los Estados que hayan aceptado expresamente la jurisdicción contenciosa de la Corte. Además, sus sentencias no tienen carácter vinculante para los Estados.

2. Optamos por no analizar las medidas provisionales concedidas hasta el momento por la Corte, sino aquellos casos contenciosos que abordan directamente los tres parámetros. Los casos que serán desarrollados a lo largo del trabajo son: *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*

(2012); *Comunidad Indígena Xámkok Kásek vs. Paraguay* (2006); *Pueblo Saramaka vs. Suriname* (2007); *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006); *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (2005); *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005); *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001).

3. Es importante resaltar que en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012), la corte llega a analizar la violación del derecho a la vida, pero no profundiza específicamente en el tema de la vida digna. En este caso, la Corte afirmó que el estado ecuatoriano es responsable por la violación del artículo 4° de la CADH, ya que puso en riesgo la vida de los miembros del Pueblo Sarayaku al permitir que una empresa privada, responsable por la explotación del petróleo en territorio ancestral, utilizara un alto tenor de explosivos, lo que expuso a este pueblo a un peligro constante (Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, par. 249)

4. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001), *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006), *Pueblo Saramaka vs. Suriname* (2007), *Comunidad Indígena Xámkok Kásek vs. Paraguay* (2010) y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012).

5. Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, Venezuela y Nicaragua.

6. Cabe resaltar que la Corte llega a mencionar la importancia de la consulta a los pueblos indígenas en otros casos, pero sólo en los tres precedentes abordados en este trabajo, la Corte trata el tema de forma específica y en profundidad.

ABSTRACT

This paper proposes to demonstrate the need for the adoption of a new inclusive and intercultural paradigm for protecting the human rights of indigenous peoples in Latin America. Through a critical analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, the paper will identify some of the advances and limitations in the attempt to construct new alternatives for dealing with indigenous issues in the region. This analysis will be conducted through a study of the three fundamental parameters established by Court precedents thus far: the concept of the right to life with dignity, the protection of communal property, and the right of indigenous peoples to prior consultation.

KEYWORDS

Indigenous peoples – Human Rights – Inter-American Court of Human Rights – Life with dignity – Communal property – Prior consultation

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a necessidade de adoção de um novo paradigma, inclusivo e intercultural, de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas na América Latina. Por meio de uma análise crítica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, são apontados alguns avanços e limites na tentativa de se construir novas alternativas para as questões indígenas na região. Esta análise será realizada por meio do estudo de três parâmetros fundamentais estabelecidos pela Corte em seus precedentes: o conceito de vida digna; a proteção da propriedade comunal; e o direito à consulta prévia dos povos indígenas.

PALAVRAS-CHAVE

Povos indígenas – Direitos humanos – Corte Interamericana de Direitos Humanos – Vida digna – Propriedade comunal – Consulta prévia



SERGES ALAIN DJOYOU KAMGA

El Dr. Serges Alain Djoyou Kamga es Investigador del South African Institute for Advanced Constitutional, Public, Human Rights and International Law (SAIFAC), un Centro de la Universidad de Johannesburgo. Trabaja las temáticas de desarrollo y derechos humanos, derechos socioeconómicos, derechos de personas con discapacidad y renacimiento Africano (NEPAD/APRM)

Email: sergesalain26@gmail.com



SIYAMBONGA HELEBA

Siyambonga Heleba es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Johannesburgo desde 2009. Cursó la maestría de derecho en Protección Internacional y Europea de los Derechos Humanos en la Universidad de Utrecht de Holanda (2006). Publicó varios artículos en el área de derechos sociales y económicos

Email: scheleba@uj.ac.za

RESUMEN

En los últimos años Sudáfrica vivió un crecimiento económico que, normalmente, debería haberse filtrado hacia abajo, hacia los sectores más pobres, en la forma de acceso a derechos. El constitucionalismo caracterizado por la separación de poderes, con equilibrio de poderes, junto a instituciones que velan por los derechos humanos, como sucede en Sudáfrica, generan un ambiente propicio para que el crecimiento llegue a los más pobres. Sin embargo, a pesar de la existencia de este ambiente en Sudáfrica, no se observa un aumento en el acceso a derechos. El artículo investiga los problemas enfrentados por las instituciones democráticas para garantizar que el crecimiento llegue a las bases, en términos de derechos humanos.

El presente estudio, analiza la relación entre derechos y crecimiento económico, examina el contexto sudafricano y muestra que el constitucionalismo no consiguió transformar el crecimiento en derechos para los más vulnerables, luego de evaluar los obstáculos enfrentados por las instituciones democráticas para traducir crecimiento en acceso a los derechos.

Original en Inglés. Traducido por Maité Llanos

Recibido en agosto de 2012. Aceptado en octubre de 2012.

PALABRAS CLAVE

Crecimiento – Derechos socioeconómicos – Sudáfrica – Desarrollo y derechos humanos



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

¿PUEDE EL CRECIMIENTO ECONÓMICO TRADUCIRSE EN ACCESO A DERECHOS? DESAFÍOS DE LAS INSTITUCIONES EN SUDÁFRICA PARA GARANTIZAR QUE EL CRECIMIENTO CONDUZCA A MEJORES ESTANDARES DE VIDA

Serges Alain Djoyou Kanga y Siyambonga Heleba

1 Introducción

En el discurso contemporáneo sobre desarrollo, el crecimiento económico es percibido como “el principal instrumento para promover el bienestar de las personas” (SENGUPTA, 2008, p. 40). Por lo tanto, cuando hay crecimiento económico en un país, se genera la expectativa de que mejorarán los estándares de vida. Sin embargo, en varios países, el crecimiento económico no se filtra hacia las masas en forma de acceso a derechos. En estos países, pobreza, analfabetismo, hambre, falta de acceso a la salud y a otras necesidades básicas, representan el día a día de millones de personas. El hecho de que se alcance el desarrollo económico (entendido en términos de crecimiento económico) no es seguido necesariamente, por el goce del derecho al desarrollo (DAD), incluyendo este último, la materialización de derechos civiles y políticos, así como de derechos socioeconómicos (SENGUPTA, 2006).

A excepción de China autocrática, donde el fuerte crecimiento llevó de alguna forma al incremento del bienestar de los más pobres (ZHANG, 1993; ROZELLE, ZHANG, HUANG, 2000, XINGUANEWS AGENCY, 2006, MONTALVO and RAVALLION 2010; WANG, 2011), el presente trabajo argumenta que la democracia constitucional o el constitucionalismo caracterizado por la separación de poderes, junto con instituciones de control independientes y derechos socioeconómicos justiciables, generan un ambiente propicio para que el crecimiento económico llegue a las bases, en la forma de materialización de los derechos humanos. Este artículo tiene por objetivo investigar los desafíos enfrentados por las instituciones democráticas en Sudáfrica para traducir crecimiento económico en acceso a derechos. Sudáfrica es un estudio de caso interesante, ya que el crecimiento

económico y el constitucionalismo son realidades en dicho país, pero la traducción de crecimiento en realización de derechos humanos, continúa siendo insuficiente.

En la presente investigación, primero se explora la relación entre crecimiento económico y realización de los derechos humanos. Luego, se enfoca en el contexto sudafricano, donde son examinados el constitucionalismo y las instituciones democráticas, así como la coyuntura socioeconómica. A su vez, esta sección demuestra que el crecimiento aún no ha resultado en la materialización completa de los derechos humanos. En este sentido, la tercera sección del artículo trata sobre los desafíos enfrentados por las instituciones democráticas mandatadas para garantizar la realización de los derechos humanos, y la sección final brinda algunas conclusiones y recomendaciones para traducir crecimiento económico en acceso a derechos.

2 La relación entre derechos y crecimiento económico

La relación entre la materialización de los derechos y el crecimiento económico queda evidenciada, cuando se observa la naturaleza de las obligaciones impuestas por los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, en lo que respecta a los derechos socioeconómicos. El Artículo 2 (1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales (PIDESC) 1966, obliga a los Estados Miembro a

adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, y el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos, por todos los medios apropiados, incluyendo la adopción de medidas legislativas.

De esta forma, el tratado concibe que los derechos en él contenidos no pueden ser realizados de la noche a la mañana, sino progresivamente en base a los recursos de los que dispongan los Estados Parte. En este sentido, el rol de los recursos disponibles de los Estados es entendido como fundamental para la realización de los derechos previstos en el Pacto. Y se afirma aquí que el crecimiento económico es clave para generar los recursos necesarios para materializar tales derechos. Lo que sigue a continuación es una breve mirada sobre la relación entre crecimiento económico y realización de derechos.

2.1 La importancia instrumental del crecimiento económico para los derechos

El Informe sobre Desarrollo Humano (IDH) del PNUD es visto como el primer y principal intento de expresar una correlación entre el crecimiento y el estándar de vida, en los países (RANIS, 2004). El IDH tiene la intención de “captar mejor la complejidad de la vida humana” y esto se realiza a través de un “enfoque cuantitativo que combina varios indicadores socioeconómicos para medir el desarrollo humano” (UNDP, 1990). Al hacerlo, el enfoque del PNUD marcó una divergencia con la economía dominante, cuya “excesiva preocupación por el crecimiento del PBI y de las cuentas nacionales... reemplazó el foco sobre los fines, por una obsesión simplemente con los medios” (PNUD, 1990). Esto se logró con el uso de indicadores tales como expectativa de vida,

alfabetización, y PBI, como componentes del Índice de Desarrollo Humano. En el índice falta la medición de la libertad política y de la desigualdad en el ingreso.

Como se señaló anteriormente, no caben dudas sobre el rol del crecimiento económico – traducido en mayores ingresos para el Estado – para la realización de derechos, aunque progresivamente (UNDP, 2003). Sin embargo, no es solo el crecimiento lo importante para sacar a las personas de la pobreza, sino la naturaleza de tal crecimiento. El crecimiento debe ser sostenible. No sólo para la realización progresiva de derechos, sino también porque los más pobres son los más vulnerables a la recesión (MCKAY; VIZARD, 2005).

Otro factor clave para la garantía de una progresiva materialización de derechos es el patrón distributivo del crecimiento. Por ejemplo, en los 70's y 90's Brasil y Paquistán, tuvieron respectivamente un crecimiento rápido pero extremadamente desigual, lo que resultó en muy poca reducción de la pobreza, a la vez que aumentó el nivel de desigualdades (EASTERLY, 2001). Esta evidencia apoya el argumento de que a menos que el crecimiento esté orientado a favor de los pobres o que sea un crecimiento compartido, no habrá desarrollo humano (materialización de derechos). Por ejemplo, como resultado de los ingresos del petróleo, se dice que Indonesia experimentó un fuerte patrón de crecimiento a favor de los pobres durante 30 años antes de la crisis de 1997. Es interesante observar, cómo el compromiso del gobierno de Indonesia con el crecimiento compartido en todo ese período, se tradujo en una importante reducción de la pobreza en áreas rurales (TIMMER, 2005).

Nos gustaría reiterar que aún si existe actualmente una clara correlación entre crecimiento y mejora de estándares de vida, el crecimiento en sí, no se traduce automáticamente en acceso a derechos y por lo tanto en la reducción de la pobreza. Como se dijo anteriormente, la naturaleza del crecimiento es muy importante. Para que el crecimiento se traduzca en acceso a derechos y consecuentemente, en reducción de la pobreza, debe tener un patrón distributivo particular. Esto significa que el crecimiento debe estar orientado a favor de los pobres (EASTERLY, 2001; MCKAY and VISARD, 2005). La existencia de instituciones eficaces, ya sean gubernamentales o independientes, para enfrentar la corrupción y la mala administración del Estado, serán finalmente quienes aseguren que los recursos generados por el crecimiento sean utilizados de tal forma que prioricen a los más pobres.

2.2 La importancia instrumental de los derechos para el crecimiento económico

Los tres derechos más importantes que son instrumentales al crecimiento económico son el derecho a la salud, a la alimentación y a la educación. Existen pocas obligaciones establecidas para el Estado con relación a estos derechos. Primero, el Estado debe garantizar que no haya interferencias para que los individuos ejerzan esos derechos. Segundo, donde los individuos no puedan acceder a estos derechos, el Estado está obligado a brindarle acceso a los mismos. Tercero, el Estado está obligado a concientizar sobre estos derechos.

Como se afirmaba anteriormente, el goce de tales derechos impacta sin dudas sobre el crecimiento. Para garantizar la productividad, y para que el crecimiento sea

sostenible, las personas deben ser saludables, tener la alimentación adecuada y estar educadas. Según el PNUD, el crecimiento económico no puede ser sostenible sin el goce de un mejor estándar de vida (UNDP, 2003).

Existen estudios que confirman la importancia de los altos niveles de educación, de una mayor expectativa de vida, un mejor mantenimiento del Estado de derecho, y de menores índices de fertilidad (vinculado al empoderamiento femenino), como determinantes clave para el crecimiento económico (BARRO, 1996). Cada una de estas afirmaciones ha sido confirmada por muchos estudios empíricos. La educación se destaca como siendo la que tiene mayor impacto en la productividad laboral. Por ejemplo, en el sector agrícola, los datos de Ghana, Malasia y Perú muestran que la escolaridad de un agricultor es responsable de un aumento anual de la producción de 2 al 4% (RANIS, 2004). Además, se estima que en Indonesia hubo un aumento en los salarios de 1,5 a 2,7% por cada escuela adicional construida cada 1000 niños (DUFLO, 2001)

3 El contexto sudafricano

3.1 Sudáfrica y el constitucionalismo

El constitucionalismo implica un sistema de gobierno caracterizado por la separación de poderes entre ejecutivo, legislativo y judicial. Es un sistema donde las elecciones democráticas, la transparencia, el buen gobierno y el respeto por los derechos humanos caracterizan a las actividades de gobierno. Según Fombad (2011), el constitucionalismo “abarca la idea de que el gobierno no sólo debería limitarse a proteger a sus ciudadanos de medidas arbitrarias, sino que dicho gobierno debería poder operar eficientemente de forma tal que pueda comprometerse a operar dentro de sus limitaciones constitucionales” (FOMBAD, 2007, p. 7). En este sentido, la protección constitucional de las libertades y derechos fundamentales presentes en la Carta de Derechos, la separación de poderes, un poder judicial independiente, el examen judicial y la presencia de instituciones independientes para vigilar la democracia son indicadores claves del constitucionalismo (FOMBAD, 2007).

Según el preámbulo de la Constitución de Sudáfrica (1996), la Constitución fue adoptada para “remediar las divisiones del pasado, y para establecer una sociedad basada en valores democráticos, en la justicia social y en los derechos humanos fundamentales.” Fue adoptada para “mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos y para liberar el potencial de cada persona.” Por lo tanto, en esta caracterización como “constitución transformadora” (KLARE, 1998), Klare define al constitucionalismo transformador como:

[Un] proyecto de largo plazo de promulgación constitucional, interpretación y aplicación, comprometido (por supuesto no aislado, sino en el contexto histórico de los desarrollos políticos conducentes) con la transformación de las instituciones políticas y sociales del país y de las relaciones de poder en una dirección democrática, participativa e igualitaria. El constitucionalismo transformador connota una iniciativa de cambio social de gran escala, a través de un proceso político no violento basado en el derecho.

(KLARE 1998, p. 150).

El constitucionalismo sudafricano se caracteriza por una separación de poderes entre el ejecutivo a cargo de la implementación de la ley, el legislativo que hace la ley, y el judicial a cargo de hacer cumplir la ley. No sólo el poder judicial es independiente, sino que los jueces están obligados a considerar el derecho internacional y pueden consultar el derecho extranjero cuando se trata de interpretar la Carta de Derechos (sección 39 de la Constitución). Esta cláusula permite que la corte aplique a nivel nacional un tratado internacional del que Sudáfrica no sea miembro.

Aún más, el capítulo 9 de la Constitución establece órganos de control independientes para apoyar la democracia constitucional. Estas instituciones son la Defensoría del Pueblo, la Comisión de Derechos Humanos de Sudáfrica, la Comisión para la Promoción y Protección de los Derechos de las Comunidades Culturales, Religiosas y Lingüísticas, la Comisión de Igualdad de Género, la Auditoría General y la Comisión Electoral. Sus objetivos son garantizar la transparencia gubernamental y el respeto de los derechos humanos. Estas instituciones brindan el balance de poderes necesario para que el crecimiento económico se filtre a las masas.

Sin embargo, para muchos esta disposición constitucional es insignificante debido al alto nivel de pobreza y desigualdad que existe en el país. Según Sibanda, el constitucionalismo sudafricano no pudo garantizar la justicia social y esto se debe a su vínculo con la ideología neoliberal, que como tal, no puede mejorar la vida de los más pobres (SIBANDA, 2011). Siguiendo el enfoque de Pieterse, Sibanda cree que los jueces ocultan su preferencia “por estructuras políticas y por discursos sobre derechos asociados al liberalismo clásico...y aceptan justificar las desigualdades ocasionadas, fortalecidas y sostenidas por el accionar sin trabas de la economía y de las estructuras sociales del liberalismo clásico” (SIBANDA, 2011, p. 489). Puesto de otra forma, la doctrina neoliberal presente en las constituciones y seguida por jueces, torna impotentes a los derechos fundamentales frente a la injusticia social.

Disentimos respetuosamente con que el problema recaea en que la Constitución sea de carácter neoliberal, consideramos, como Klare, que “[La] Constitución sudafricana, *en fuerte contraste con los clásicos documentos liberales*, es social, redistributiva, solidaria, positiva, por lo menos parcialmente horizontal, participativa, multicultural y auto-consciente de su marco histórico y de su rol y misión transformadores” (KLARE, 1998, p. 153, el énfasis es nuestro)

En el mismo sentido, Pieterse retrata a la Constitución sudafricana como estableciendo fundamentalmente un modelo social demócrata, diferente del modelo tradicional liberal del constitucionalismo, que no conduce a la justicia social (PIETERSE, 2005, p. 156) y como tal, conduce al “logro de ciertos resultados tangibles” (BRAND, 2009, p. 2-3).

Creemos que el modelo constitucional de Sudáfrica es más proclive a traducir el crecimiento económico en la realización de los derechos humanos de los más pobres. Concordamos con el enfoque de Justice Langa en el sentido de que “sin el debido respeto del Estado de Derecho [encarnado en el constitucionalismo sudafricano] las garantías de los derechos humanos no pueden ser efectivamente implementadas y continúan siendo relativamente insignificantes, [y que] el respeto del Estado de Derecho es también de una importancia fundamental para el desarrollo económico” (LANGA, 2011, p. 448). Esta visión también es compartida por Ghai quien considera

que el camino para la realización del derecho al desarrollo pasa necesariamente por el constitucionalismo a nivel nacional (GHAI, 2006). Esto se debe a la fuerte separación de poderes, a la existencia de órganos de control independientes y a una carta de derechos justiciables, incluyendo derechos socioeconómicos, lo que constituye un marco favorable para que el crecimiento económico llegue a los más pobres.

Sin embargo, para que el crecimiento económico se traduzca en la realización de derechos humanos en una democracia constitucional, el Estado, como garante, debe adoptar legislaciones a favor de los pobres basadas en derechos y políticas sociales (MCKAY; VIZARD, 2005) y garantizar la disposición de recursos humanos y financieros para implementar dichas políticas. Además, es en este clima de constitucionalismo donde se desarrollan una sociedad civil y unos medios de comunicación dinámicos. A su vez, estos actores ayudan a controlar las actividades del gobierno.

3.2 El contexto socioeconómico sudafricano

Más allá de establecer un fuerte constitucionalismo, Sudáfrica se ha ganado un lugar entre las naciones política y económicamente más influyentes de la esfera internacional. Es miembro del grupo de países del G20, y también pertenece al bloque de países de las economías en desarrollo de rápido crecimiento, junto a Brasil, Rusia, India y China, conocido como BRICS. Los principales cooperantes están dejando fuera a Sudáfrica, ya que el país es visto como un país de ingresos medios con un PBI per cápita de \$11.000 en 2011, de \$10.900 en 2010 y 10.700 en 2009 (CIA, 2012). Estos números sugieren que la economía sudafricana se ha venido expandiendo, de forma relativamente rápida. Para garantizar que este crecimiento llegue a los más pobres, el gobierno adoptó varias medidas a favor de los pobres, tal como informó en 1994 el Congreso Nacional Africano (CNA) en su Manifiesto donde se compromete a mejorar el estándar de vida de todos los habitantes del país. Estas políticas incluyen el Programa de Reconstrucción y Desarrollo (RDP) de 1996, el programa Crecimiento, Empleo y Redistribución (GEAR), la Iniciativa de Crecimiento Acelerado y Compartido – Sudáfrica (ASGI-SA) y el Nuevo Camino de Crecimiento de 2010 (NGP).

En 2004, luego de percibir que el GEAR no alcanzaba los resultados esperados, el gobierno decidió lanzar la Iniciativa de Crecimiento Acelerado y Compartido (2004-2014) para complementar el GEAR. Un componente importante de la ASGI-SA fue la estrategia industrial conocida como Empoderamiento Económico para la Población Negra (BBBEE) caracterizada por la capacitación e integración de empresarios negros en el sector comercial, a través de créditos y otros mecanismos. A pesar de que BBBEE promovió muchos empresarios de la población negra, también fue criticado por crear una nueva elite, en lugar de profundizar la democracia y de llevar recursos a los más pobres (MAKHUNGA, 2008, p. 52 y 55). De hecho, muchas de las políticas no produjeron resultados positivos, debido a la corrupción endémica y a la mala gestión, especialmente a nivel del gobierno local (AUDITOR-GENERAL SOUTH AFRICA, 2012).

A pesar de la situación presentada anteriormente y de las políticas subsiguientes, Sudáfrica continúa siendo una de las sociedades más desiguales. Esto queda retratado a través de los siguientes datos: los indicadores de desarrollo de 2010 muestran que 49% de las personas en Sudáfrica viven bajo la línea de pobreza que está establecida

en R524 por mes (aproximadamente 75 USD por mes) (THE PRESIDENCY, 2010, p. 23). Por otra parte, la tasa oficial de desempleo en Sudáfrica era de 25% en 2010 (excluyendo a los que buscan empleo y están desalentados) (THE PRESIDENCY, 2010, p. 20-21). Además, la tasa de desempleo para los jóvenes en la franja etaria de 15-24 años es de 51% (NATIONAL PLANNING COMMISSION, 2011, p. 11). A su vez, el coeficiente Gini, una medida ampliamente usada para medir la desigualdad en los ingresos o la distribución de la riqueza, aumentó de 0,68 en 1996 a 0,73 en 2001 (SAHRC, 2010). El índice Theil, que mide la desigualdad dentro y entre los grupos, a la vez que indica un declive en la desigualdad entre grupos, muestra un aumento en la desigualdad dentro de grupos raciales (SAHRC, 2010). Por ejemplo, casi dos tercios de todas las personas sin trabajo tienen menos de 35 años, siendo en su mayoría jóvenes negros (NATIONAL PLANNING COMMISSION, 2011, p. 11). En el mismo sentido, las estadísticas recientemente publicadas por la Comisión Nacional de Planificación muestran que en el país, “el 20% más pobre de la población, gana cerca del 2,3% del ingreso nacional, mientras que el 20% más rico gana cerca del 70% del ingreso” (NATIONAL PLANNING COMMISSION, 2011, p. 9). En estos datos se basa la opinión de que “los niveles de desigualdad de ingresos en Sudáfrica están entre los más altos en el mundo” (LIEBENBERG; QUINOT, 2011, p. 443). En base a esta evidencia, el SAHRC llega a la conclusión de que la falta de avances en la reducción de la pobreza y de la desigualdad en Sudáfrica “tiene un impacto directo en la materialización progresiva de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución” (SAHRC, 2010). Esto sucede en el marco de una democracia constitucional y plantea la cuestión sobre el rol de las instituciones constitucionales para asegurar que el crecimiento económico llegue a los más pobres, en forma de acceso a los derechos. Visto de otra forma, plantea cuestiones sobre los desafíos enfrentados por estas instituciones para cumplir con su mandato. Estas cuestiones serán el foco de la siguiente sección.

4 Los desafíos de traducir crecimiento económico en acceso a derechos

En el marco de la democracia constitucional de Sudáfrica, caracterizada por la separación de poderes, se examinarán los desafíos enfrentados para traducir crecimiento económico en acceso a derechos. Estos retos pueden ser divididos en tres categorías: retos enfrentados por el gobierno, retos vinculados a la separación de poderes y retos enfrentados por las instituciones del Capítulo 9 para cumplir con su mandato.

4.1 Desafíos enfrentados por la rama ejecutiva del gobierno

Primero, dado que existen tres niveles de gobierno en Sudáfrica, nacional, provincial y local, se presentan numerosos desafíos para la materialización de los derechos humanos. Estos incluyen la incapacidad de coordinar programas de reducción de la pobreza entre los diferentes departamentos de gobierno, y entre las tres esferas de gobierno (LIEBENBERG, 2000). En este sentido, y debido a la falta de consulta, el gobierno es por lo general incapaz de identificar apropiadamente las necesidades de las comunidades, y esto se debe también a que las comunidades no conocen y por

lo tanto no utilizan, los programas disponibles para mejorar sus vidas (HELEBA, 2011; LIEBENBERG, 2000). Es más, para ayudar a aquellos que se encuentran en los peldaños más bajos de la escala de la pobreza, a nivel local el gobierno tiene una política destinada a la indigencia que requiere que las personas se registren para recibir gratuitamente una serie de servicios básicos. Sin embargo, y debido a que las políticas requieren que las personas se presenten a ellas mismas como pobres, las personas generalmente se sienten avergonzadas de hacerlo y terminan pagando por servicios básicos como agua, saneamiento y electricidad que podrían obtener de forma gratuita (HELEBA, 2011). Vinculado a esto existe el problema del acceso a la justicia. Por ejemplo, un estudio sudafricano mostró que a pesar de la cláusula constitucional que indica que todos los desalojos deben estar sujetos a una orden judicial, sólo 1% de los desalojos realizados en el país pasan por tribunales (LANGFORD, 2009, p. 95). De hecho, aquellos que conocen sus derechos, en general no tienen los medios para acceder a un abogado que pueda asistirlos. Langa señala correctamente que “la representación legal queda más allá del alcance financiero de muchos sudafricanos, y es cierto que más dinero garantiza una mejor representación” (LANGA, 2006, p. 7).

Segundo, la falta de capacidades, la corrupción, y la falta de transparencia de los funcionarios gubernamentales, especialmente a nivel municipal, es una barrera para la capacidad del gobierno de hacer que el crecimiento económico se transforme en la materialización de derechos humanos (AUDITOR-GENERAL SOUTH AFRICA, 2012). Según el Auditor General, sólo 5% de los municipios presentaron auditorías limpias para el año financiero 2011/2012. Esto se debe, entre otras cosas, a la “falta de consecuencias para la performance deficiente y para las transgresiones cometidas por más del 70% de los municipios, y a la falta de las competencias mínimas de los funcionarios en puestos clave (siendo más evidente en el sector financiero) en 72% de los municipios” (AUDITOR-GENERAL SOUTH AFRICA, 2012). Estos datos son particularmente preocupantes ya que los municipios están en la primera línea de la prestación de servicios, y por lo tanto, en el nivel de gobierno en el cual el crecimiento se transforma en realización de derechos. En consecuencia, existe la necesidad de capacitar a los funcionarios públicos a nivel local y provincial, así como a nivel nacional, y aún más importante, garantizar la prestación de cuentas.

Tercero, y más allá de la corrupción y de la incapacidad de los funcionarios del Estado para prestar servicios, otro importante desafío enfrentado por el país es la pandemia del SIDA, que debilita la fuerza laboral y afecta la eficiencia de los sistemas de seguridad social del país (TSHOOSE, 2010). Al tratar sobre estos desafíos, el gobierno adoptó la Ley de Sistemas Municipales, 2000. Esta ley busca, entre otras cosas: “Mantener los principios clave, los mecanismos y procesos que sean necesarios para permitir que los municipios se dirijan progresivamente hacia la mejora social y económica de las comunidades locales y para que garanticen el acceso universal a los servicios esenciales, para que sean asequibles para todos.”

Sin embargo, desde 2005 llama la atención el importante número de protestas vinculadas a la provisión de servicios, lo que muestra que el progreso alcanzado en la legislación no es suficiente para garantizar los servicios básicos para todos.

Cuarto, el crecimiento económico es generalmente resultante de la inversión del sector privado, que incluso si crea empleos, busca primero y ante todo, generar

lucro y no garantizar una mejor vida para todos. Sin embargo, según la constitución sudafricana, “la cláusula de la Carta de derechos obliga a un natural o persona jurídica, en la medida que sea aplicable, y considerando la naturaleza del derecho y la naturaleza de cualquier obligación impuesta por el derecho” (sección 8 de la constitución). En este sentido, incluso las compañías deberían cumplir con el deber impuesto por la Carta de Derechos. Para que esto suceda, el Estado tiene que asegurarse que dichas empresas cumplan con sus responsabilidades en términos de protección y promoción de los derechos humanos.

A pesar de que el sector privado puede hasta cierto punto mejorar los estándares de vida de aquellos que pueden comprar sus productos, el mercado liberalizado no mejora la situación de los derechos humanos para los más pobres. Esto se vio en África en los 80's cuando bajo la regla del libre mercado, las instituciones financieras internacionales impusieron los Programas de Ajuste Estructural que llevaron a las privatizaciones, que resultaron en la falta de educación, en un acceso limitado a los sistemas de salud y a la alimentación, así como también condujeron a otras enfermedades sociales (SHAH, 2010). Podría argumentarse que el reciente derretimiento económico, caracterizado por altos niveles de desempleo, hambre y pobreza en Europa y EEUU muestra que la economía de libre mercado requiere una importante revisión. Además, el libre mercado conduce a la expansión del sector privado, que se vuelve más poderoso que los Estados y que tiene la reputación de violar o por lo menos participar en la violación de los derechos humanos (ver *SERAC vs. NIGERIA*, 2001; *DOE vs. UNOCAL*, 2001; *PRESBYTERIAN CHURCH OF SUDAN vs. TALISMAN ENERGY*, 2001; BENETT, 2002).

4.2 Desafíos vinculados a la separación de poderes: cómo los tribunales “desperdician” los derechos de los pobres

Según la sección 165 de la Constitución, “la autoridad judicial se ejerce en los tribunales” mandados para “aplicar la ley y la Constitución imparcialmente sin temor, favor o prejuicio”. Los tribunales sudafricanos están entre aquellos que “han rescatado [los derechos socio-económicos] de las controversias sobre legitimidad, legalidad y justiciabilidad” (LANGFORD, 2009, p. 91). Al hacerlo, la Corte Constitucional en particular, ha dejado un legado de importantes dictámenes sobre derechos socioeconómicos caracterizados por “la claridad del razonamiento jurídico y por basarse explícitamente en derechos constitucionales” (LANGFORD, 2009, p. 91).

Por ejemplo, el derecho a la vivienda (sección 26 de la Constitución) fue adjudicado en el influyente caso *Government of Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others* 2000.

En este caso, una comunidad pobre que vivía en chozas, fue desalojada de una propiedad privada, luego de que hubieran solicitado al gobierno viviendas de bajo costo. Como resultado de la falta de viviendas, ocuparon un campo de deportes vecino e instalaron estructuras provisionales. El Alto Tribunal de Ciudad del Cabo solicitó al gobierno que diera abrigo a aquellos que lo habían solicitado, en base al derecho de los niños a la vivienda, tal como está previsto en la sección 28 (1)(c) de la Constitución. Cuando el asunto llegó a la Corte Constitucional, el tribunal sostuvo que el programa de vivienda del gobierno incumplía el artículo 26 (2) de la

Constitución de asegurar el derecho a la vivienda. Lo que la corte tenía que investigar era si las medidas legislativas y de otro tipo de medidas tomadas por el gobierno para materializar tal derecho eran “razonables”. La corte sostuvo:

La corte al considerar la razonabilidad no indaga si otras medidas más deseables o favorables podrían haber sido adoptadas, o si las medidas públicas podrían haberse desarrollado mejor. La cuestión es si las medidas que han sido adoptadas fueron razonables. Es necesario reconocer que un rango amplio de medidas podría ser adoptado por el Estado para responder a sus obligaciones. Muchas de estas podrían alcanzar el requisito de razonabilidad. Una vez que se muestra que las medidas lo hacen, se cumple con el requisito.

(*Grootboom*, para. 41).

Para cumplir con el estándar de razonabilidad, la corte estableció que el programa de gobierno debería ser comprensivo, estar bien coordinado y debería ser capaz de responder a las necesidades de los más necesitados y vulnerables (par. 38-39). Además, el programa de vivienda del Estado debería ser flexible y tener las debidas providencias para responder a las necesidades a corto, medio y largo plazo (par. 43 y 46). Incluso, considerando los desafíos que enfrenta el gobierno, el tribunal reconoció que el derecho a la vivienda debería ser materializado progresivamente. En este sentido, “la accesibilidad debería ser facilitada progresivamente: deben examinarse los obstáculos legales, administrativos, operativos y financieros y, allí donde sea posible, deben ser reducidos a lo largo del tiempo” (par. 45).

En este caso, a pesar de que el Estado invirtió dinero y recursos, y luego adoptó medidas legislativas y de otro tipo, en el marco de los recursos disponibles para conseguir la realización progresiva del derecho a la vivienda, aún así no pudo pasar el test de razonabilidad por no garantizar que el programa de vivienda “brindara asistencia para aquellos que están en situación de necesidad desesperada” (par. 64 y 68). Aquellos en situación desesperada no deben ser ignorados en nombre del interés del programa general, enfocado en objetivos de medio y largo plazo (par. 66). Esto significa que el programa de vivienda debe, cuando fuere apropiado, y en caso de urgencia, abastecer a aquellos que no tienen un techo. La corte ordenó, que el gobierno otorgase viviendas provisorias a las familias afectadas.

El caso es interesante por tratar hasta dónde puede el crecimiento económico llegar a los más pobres, en forma de acceso a derechos. De hecho, quienes se oponen a la incorporación de los derechos humanos a las iniciativas de desarrollo, generalmente argumentan que el discurso de los derechos humanos no le presta la suficiente atención a los costos (MCKAY; VIZARD, 2005), a la necesidad de priorizar algunas opciones y de actuar progresivamente o en consecuencia. Sin embargo, en el caso *Grootboom* la corte enfatizó claramente la necesidad de garantizar una materialización progresiva. En otras palabras, la corte reconoce que la materialización de los derechos humanos implica elecciones y secuencias, y también comprende la necesidad de considerar la disponibilidad de recursos, en términos de presupuesto.

Aún así el dictamen del caso *Grootboom* no fue rápidamente implementado, y como consecuencia Irene Grootboom, la principal demandante, falleció en situación de calle. Este dictamen fue el primero en resaltar el deber positivo del Estado en

la materialización de los derechos socioeconómicos y en la orientación de cómo los tribunales pueden hacer cumplir estos derechos. También fue importante, ya que condujo a la adopción de un programa de asistencia para la vivienda, destinado a aquellas personas en extrema necesidad en agosto de 2003: el Capítulo 12 del Código Nacional de Vivienda, Asistencia para la Vivienda en Circunstancias de Emergencia. (LIEBENBERG, 2006, p. 178)

Además del caso *Grootboom*, la Corte Constitucional dio importantes pasos al ordenar al gobierno que eliminara inmediatamente las barreras que obstaculizaban la distribución de Nevirapina en hospitales públicos, con el fin de prevenir la transmisión del VIH SIDA de madre a hijo (*The Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others* 2002), para proteger el derecho a la seguridad social (sección 27 de la Constitución) para “todos” incluyendo a los residentes permanentes en el país (*Khosa vs. Minister of Social Development* [2004]). Además, fueron implementados por la Corte Constitucional el derecho a los servicios básicos, como agua (*Residents of Bon Vista Mansions vs. Southern Metropolitan Local Council* (2002; *Mazibuko vs. City of Johannesburg and others* [2008])). El derecho al saneamiento fue recientemente aplicado por el Tribunal Supremo de Western Cape (*NtombentshaBeja & others vs. Premier of Western Cape & others*, (2010)). Puede decirse que esta capacidad de respuesta frente a las necesidades socioeconómicas, fue posible gracias al crecimiento relativo de Sudáfrica que permitió que los más pobres se beneficien de él en forma de acceso a los derechos.

Sin embargo, una mirada más aguzada sobre la adjudicación de derechos socioeconómicos, muestra que el accionar de los tribunales se ve obstaculizado por los desafíos ligados a la separación de poderes. La división de poderes otorga tareas y responsabilidades específicas a cada rama del gobierno. En este esquema, los encargados de hacer la ley hacen las leyes, el ejecutivo implementa la legislación, y la tarea del poder judicial es hacer cumplir la ley. El poder judicial puede negarse a tomar una decisión que no está (en principio) dentro de su área de competencia, y puede diferir el tema a otras ramas del gobierno que tienen más experiencia en el asunto (LIEBENBERG, 2009). En palabras de McLean, “la [c]orte es consciente de su rol en la democracia transicional, y extremadamente cautelosa para no pasarse de la raya” (MCLEAN, 2009, p. 210). Según Brand, en dichas circunstancias, la corte usa “[L]a estrategia judicial de deferencia, de deferir a otras ramas del gobierno aquellas cuestiones para las que se siente incapaz de decidir, o con relación a lo que siente democráticamente ilegítimo, o a lo que siente que amenaza su integridad o seguridad institucional, o que requiere que viole los principios de la separación de poderes” (BRAND, 2011, p. 618).

La doctrina de la separación de poderes, sin embargo, en lugar de garantizar el bienestar de los ciudadanos puede conducir a su desempoderamiento, especialmente cuando los tribunales rechazan decidir cuestiones que implican controlar a otras ramas de gobierno y responsabilizarlas por sus acciones, como fue en el caso de la adjudicación de derechos socioeconómicos. En Sudáfrica, la práctica de la deferencia que abandona a los pobres, es con frecuencia usada por los tribunales (para un análisis minucioso de la deferencia judicial véase MCLEAN, 2009; KAPINDU, 2010).

Este tipo de deferencia judicial, de parte de la Corte Constitucional “desperdicia los derechos de los pobres” (BILCHITZ, 2010). Brand señala que “[e]l empleo por parte de los tribunales de la estrategia de deferencia resulta en la negativa de los tribunales de

decidir sobre temas que les presentan los demandantes, lo que algunas veces resulta en el rechazo de algunas demandas” (BRAND, 2011). Davis considera que los tribunales pierden la oportunidad de garantizar la justicia social, y retroceden al atrincherarse en “las técnicas legales tradicionales” que no pueden conducir a la erradicación de la pobreza. (DAVIS, 2010, p. 93).

Para Sibanda, a pesar de las buenas ideas presentes en el constitucionalismo transformador sudafricano, la eficiencia de los tribunales para tratar sobre la pobreza se ve obstaculizada por el “predominio en el discurso constitucional sudafricano, de un paradigma constitucional democrático liberal” (SIBANDA, 2011, p. 486). En otras palabras, la ideología liberal de la Constitución Sudafricana obstaculiza la capacidad de los tribunales para hacer que la justicia llegue a los pobres, para que el crecimiento se transforme en materialización de derechos humanos. Esta mirada, sin embargo, no se encuadra con la visión de Klare, quien argumenta que la constitución sudafricana es completamente diferente a los documentos liberales clásicos no redistributivos. A pesar del optimismo de Klare, en nuestra opinión, el carácter transformador y redistributivo de la Constitución ha sido empañado por la deferencia judicial. Se espera que la corte interprete y le de contenido a los derechos presentes en la constitución, y no que derogue “su propio rol que es el de adjudicar los derechos fundamentales” (BLICHITZ, 2010, p. 595).

Podría argumentarse que la deferencia judicial es una violación a la Sección 167(4) (e) que obliga a la Corte Constitucional a decidir si el “Parlamento o el Presidente no pudieron cumplir una obligación constitucional”. Este mandato de la corte de garantizar la implementación de las obligaciones constitucionales del Estado fue destacado en el caso *Grootboom* (par. 94).

Por lo tanto, la deferencia es importante para el ejecutivo y el legislativo en un contexto donde la Corte Constitucional está obligada por la Constitución, y donde no hacerlo es muy problemático. Aún cuando los casos involucran temas técnicos específicos, los tribunales deberían buscar a aquellos expertos que consideren necesarios y evitar la deferencia judicial que es la consagración de la “hegemonía liberal”, caracterizada por un gran Estado burocrático que excluye a los pobres del proceso democrático, bajo la justificación de que el Estado tiene la experiencia necesaria para resolver los problemas (SANTOS; AVRITZER, 2007). Sin embargo, podría argumentarse que la deferencia beneficia básicamente a los pobres que eligen constantemente al Congreso Nacional Africano a nivel nacional y provincial. En otras palabras el CNA con el mandato otorgado por sus bases pobres, debe resolver el problema, para beneficiar a los más pobres. Desafortunadamente, esto no siempre sucede, y por lo tanto se desarrollan en el país un gran número de protestas en torno a la prestación de servicios y hay una explosión de litigios por derechos socioeconómicos y por desalojos. Esto muestra que la deferencia judicial omite a los pobres.

En esta perspectiva, Brand argumenta que la deferencia judicial para casos de derechos socioeconómicos hace que la pobreza se vuelva un asunto técnico, despolitizado y que es casi imposible de resolver entre un tribunal y el demandante (BRAND, 2011). El asunto se transfiere a la rama ejecutiva o legislativa del gobierno e ilustra la mirada “de arriba hacia abajo” sobre la transformación socioeconómica, que no es participativa y que mantiene a los pobres al margen del desarrollo. Este enfoque

se presenta en claro contraste con los estudios de desarrollo y discursos económicos que sostienen que “una transformación socioeconómica viable y sostenida sólo es posible con la amplia participación de una variedad de actores sociales, además del Estado en los procesos de desarrollo” (BRAND, 2011, p. 633). En esta perspectiva, podría afirmarse que el crecimiento económico no se filtrará hacia los más pobres en forma de derechos humanos si los tribunales utilizan la deferencia judicial para fomentar un enfoque “de arriba hacia abajo” para la distribución del crecimiento.

Aún más, la deferencia judicial básicamente llama al poder ejecutivo y legislativo a resolver el problema que inicialmente ellos no pudieron resolver, lo que derivó en el litigio jurídico. El resultado final es que el demandante no tiene opción, y continúa empobrecido a pesar del crecimiento económico. Esto se debe a que el ejecutivo que no pudo garantizar que el crecimiento llegara a los pobres, es llamado por la corte a remediar la situación que no puede o no quiere resolver.

Sin embargo, categorizar a los tribunales sudafricanos como instituciones que sólo defieren podría estar equivocado. La flexibilidad de la separación de poderes en Sudáfrica fue señalada por P. Chaskalson en el caso del *Executive Council Western Cape Legislature & Others vs. President of the Republic of South Africa & others* (1995). Cuando enfrentan dificultades, los tribunales sudafricanos usualmente se han apartado de la deferencia judicial para utilizar lo que Brands llama enfoque de “prudencia judicial” (BRAND, 2011, p. 633) caracterizado por varias consultas a otras ramas de gobierno, instituciones, expertos, diálogo con los partidos, e incluso miembros del público que pueden no tener interés en el caso (*Blue Moonlight Properties 39 (Pty) Ltd vs. Occupiers of Saratoga Avenue* (2009); *ABSA Bank Ltd v Murray* (2004); *Cashbuild (South Africa) (Pty) Ltd vs. Scott* (2007); *Lingwood vs. The Unlawful Occupiers of R/E of Erf 9 Highlands* (2008)).

Existe espacio para la mejora del funcionamiento de los tribunales sudafricanos que pueden usar el modelo de los tribunales superiores de Colombia, Argentina e India donde la convocatoria a expertos se destina a asistir al tribunal en temas técnicos.*

Sin embargo, y aún más importante, nuestros tribunales deben estar siempre listos para garantizar el cumplimiento de la Constitución y de la ley “imparcialmente, y sin miedo, favor o prejuicio” (sección 165 de la Constitución). En este sentido, siempre que el Estado no cumpla con la ley del país, es deber constitucional de la corte expresarse y establecer las soluciones apropiadas (caso *TAC*, par. 99). Que los tribunales no asuman este deber atenta contra su capacidad para responder sustantivamente a las necesidades de los pobres. La buena disposición de los tribunales para darle claramente contenido a la ley y para llamar al Estado a cumplirla, va a mejorar las posibilidades de traducir crecimiento económico en acceso a derechos.

Finalmente, también podría afirmarse que el poder judicial al hacer valer leyes tales como el Acta de Extensión de la Seguridad de la Tenencia 1997 (ESTA), cuyo objetivo, entre otros, es dificultar los desalojos rurales, puede haber generado

*Ver, por ejemplo, la decisión de la Corte Constitucional de Colombia T-760/2008, de la Corte Suprema Argentina en *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)*, y el caso de la Corte Suprema de India *of People's Union for Civil Liberties vs. Union of India* (Writ Petition [Civil] 196 of 2001) *Campaña por el Derecho a la Alimentación*).

consecuencias no deseadas. El argumento podría ser que al hacer cumplir el objetivo de la ley, los tribunales han facilitado el desplazamiento de los sudafricanos del campo y han beneficiado a los trabajadores inmigrantes ilegales o indocumentados. Sin embargo, queremos señalar que ESTA hace efectiva la sección 26(3) de la Constitución de Sudáfrica que prohíbe los desalojos sin orden judicial. La sección 26(3) protege a ‘todos’ los que están en Sudáfrica. Y ‘todos’ incluye por ejemplo, a los trabajadores migrantes nacidos fuera de las fronteras de Sudáfrica. Sin embargo sólo los trabajadores migrantes documentados o legales se benefician de esta protección. De esta forma, cualquier desplazamiento de sudafricanos por trabajadores migrantes indocumentados no sudafricanos iría contra la ley, y el poder judicial no debería ser visto como cómplice.

4.3 Desafíos enfrentados por las instituciones de control independientes

Como se mencionara anteriormente, el capítulo 9 la Constitución sudafricana establece instituciones independientes, para apoyar a su democracia constitucional. Aunque estas instituciones tienen mandatos específicos, todas buscan controlar al gobierno (al mantener la transparencia del mismo) y hacen que Sudáfrica sea una sociedad caracterizada por la justicia social (MURRAY, 2006). Al cumplir con sus mandatos, estas instituciones examinan la implementación de los derechos humanos, e involucran al gobierno, la legislatura y la sociedad civil para garantizar que todos los derechos presentes en la constitución se vuelvan una realidad. De hecho, estas instituciones son vitales para la democracia constitucional sudafricana.

Sin embargo, dichas instituciones enfrentan serios desafíos para la ejecución de sus deberes y responsabilidades. El primer desafío está ligado a su independencia. En este sentido, a pesar de que la designación y destitución de los funcionarios a cargo, bajo el capítulo 9 de la Constitución (con la excepción de los Comisionados de la Comisión de Promoción y Protección de los Derechos de las Comunidades Culturales, Religiosas y Lingüísticas) requiere el apoyo de la mayoría de los miembros del parlamento (sección 193 & 194 de la Constitución), el partido dominante, el CNA, tiene la mayoría en el parlamento y por lo tanto puede decidir la designación o destitución de quien le plazca. Murray observa que en una situación de dominio total por parte de un partido político como en Sudáfrica, “las mayorías especiales para la designación y destitución se vuelven ineficaces para garantizar el apoyo inter partidario, ya que el partido en el poder puede por sí mismo elegir a los titulares de las instituciones del Capítulo 9”. (MURRAY, 2010, p. 133). En este contexto, se vuelve difícil diferenciar entre el gobierno y los funcionarios vinculados al Capítulo 9 de la constitución, quienes a veces son percibidos como aliados del CNA. De hecho, esta percepción se volvió significativa durante las elecciones de 2004 cuando varios miembros de la Comisión de la Igualdad de Género aparecieron en las listas del partido (MURRAY, 2006).

Además, la indulgencia con el CNA del antiguo Defensor del Pueblo quedó expuesta en 2005 a través del escándalo del petróleo para financiamiento del partido. La compañía petrolera conocida como IMVUME hizo un pago de R11 millones al CNA, un pago que el Defensor Público se negó a investigar basado en que “él no podría seguir el camino del dinero, ya que su mandato no se extendía a vigilar a las entidades no estatales como Imvume y el CNA” (FAULL, 2011).

Se presenta la necesidad de garantizar la independencia de las instituciones del capítulo 9 y una forma de alcanzarla es asegurando que los funcionarios de dichas instituciones no actúen al mismo tiempo en partidos políticos. Si los funcionarios de las instituciones del capítulo 9 tienen también cargos en los partidos políticos, deberían simplemente renunciar o no aceptar la designación para las instituciones del capítulo 9 (PARLIAMENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 2007; LANGEVELDT, 2012, p. 2).

Más allá de la cuestión de la independencia, en abril de 2012, el Ministro de Educación Superior y Formación, acusó a la Defensora Pública Madonsela de ser parcial en su investigación, debido a que varios miembros del gobierno eran investigados (OPPLET, 2012, p.5). Podría decirse que esta presión innecesaria sobre la Defensora Pública buscaba recordarle y “advertirle” que iba a necesitar a la mayoría del CNA para ser nuevamente designada en su cargo. Esta “amenaza” a la defensora del pueblo es indefendible dado que el CNA (con el apoyo de sus aliados) es el partido de gobierno bajo el cual han florecido “el clientelismo, la manipulación de las licitaciones, la falta de control, la desobediencia a los procesos de compras gubernamentales” y otras formas de corrupción (OPPELT, 2012, p.5). Una mayor investigación de los miembros del partido de gobierno por parte de la Defensora Pública condujo a que se hicieran acusaciones insignificantes contra la defensora pública. El partido de gobierno recientemente afirmó: “la decisión de Madonsela de participar en la manifestación de un partido político fue poco pensada, y genera la percepción de que su trabajo tiene parcialidad política” (OPPELT, 2012, p.5). Llamamos amenaza a esta acusación insignificante de imparcialidad, ya que Madonsela es una mujer que participó en el evento del Día Nacional de la Mujer, que fue organizado por el principal partido de oposición, la Alianza Democrática. Como correctamente señala Oppelt, seguramente si hubiera partidismo real en el trabajo de Madonsela, el CNA ya se lo habría señalado. Este tipo de amenazas obstaculizan la independencia de la defensora del pueblo, quien puede verse llevada a cerrar los ojos frente a los abusos del partido de gobierno.

El segundo desafío enfrentado por las instituciones del capítulo 9 también tiene que ver con su capacidad de vigilar las violaciones a los derechos humanos en las tres esferas de gobierno (nacional, provincial y local) (NEWMAN, 2003). Por ejemplo, en el caso *Grootboom*, cuando la Corte Constitucional convocó a la Comisión de Derechos Humanos para controlar que el Estado cumpliera con la decisión (par. 97), la Comisión cumplió y se reportó a la Corte. Sin embargo, el informe de la Comisión no fue lo suficientemente amplio, ya que se enfocaba sólo en la orden judicial ligada a una comunidad en particular, cuyas condiciones dieron lugar al caso. No obstante, no examinó la orden judicial más amplia que urgía al Estado a desarrollar e implementar una política racional de vivienda (NEWMAN, 2003, PILLAY, 2002). En tales circunstancias, la vigilancia tiene algunos quiebres y el fracaso del Estado para implementar los derechos humanos, puede pasar desapercibido.

El tercer desafío enfrentado por las instituciones del capítulo 9, tiene que ver con la falta de conocimiento del público en general. Las personas no saben dónde están estas instituciones, cuándo y cómo acercarse a las mismas. Por ejemplo, los miembros de la sociedad no son conscientes del rol del Defensor del Pueblo y en consecuencia no presentan casos de corrupción o de violación de los derechos

humanos (MADONSELA, 2010). Por otro lado, aquellos que conocen a la institución, no presentan casos o evitan el papel de delatores, por el miedo a las represalias o al acoso (MADONSELA, 2010).

La Comisión de Derechos Humanos también lucha para garantizar la participación de la sociedad civil en la recolección de información y en la formulación de las sugerencias necesarias para la preparación de su informe (LIEBENBERG, 2006). En el mismo sentido, también falta la tan necesaria participación de la sociedad civil para la incidencia y supervisión sobre las recomendaciones de la comisión (LIEBENBERG, 2006). La relación improductiva entre la Comisión y la sociedad civil fue resumida en estas palabras: “la forma y, especialmente, la regularidad de su interacción es menos que satisfactoria. Sólo se encuentran intermitentemente y cuando surge la necesidad – en seminarios, para celebrar el día de los derechos humanos, por la convocatoria a cumplir con el informe de una audiencia, o para apoyar a una investigación” (DEMOCRACY AND GOVERNANCE RESEARCH PROGRAMME OD THE HUMAN SCIENCES RESEARCH COUNCIL, 2007, p. 36).

Incluso los parlamentarios no entienden el trabajo y el funcionamiento de las instituciones del capítulo 9. Como resultado, el parlamento “no hace uso completo de las instituciones [del Capítulo 9] para complementar su control sobre el poder ejecutivo y para informar a los miembros del Parlamento sobre diferentes temas de interés público, sobre los que pueden haber trabajado dichas instituciones” (LANGEVELDT, 2012, p. 3). Para resolver este problema, el Parlamento estableció una “Oficina para las Instituciones de Apoyo a la Democracia” encargada de armonizar el trabajo del Parlamento con las instituciones del Capítulo 9 (LANGEVELDT, 2012, p.3). Aunque este proceso se desarrolla bajo la conducción del Presidente Adjunto del Parlamento y la oficina anteriormente mencionada, el progreso es lento, según indica la Comisión de Derechos Humanos de Sudáfrica (LANGEVELDT, 2012, p. 3). La comisión reclama constantemente sobre la falta de cooperación del parlamento que no responde adecuadamente a sus recomendaciones e informes (LANGEVELDT, 2012, p. 3).

Existe la fuerte necesidad de concientizar y formar a las personas sobre el rol, valor y acceso a las instituciones del capítulo 9. Entre otras formas, los medios como la televisión, radio y redes sociales, pueden ser usados para comunicar sobre el trabajo desarrollado de las instituciones del capítulo 9 (LANGEVELDT, 2012, p. 4).

El cuarto desafío que obstaculiza a las instituciones del capítulo 9, tiene que ver con su capacidad. Estas instituciones están sobrecargadas por el gran número de quejas que resultan de los altos niveles de corrupción y de otras malas prácticas en el país. Estas instituciones no sólo no tienen recursos para enfrentar la corrupción y para garantizar que el crecimiento llegue a los pobres, sino que su mandato y poder limitan su eficiencia. Oppelt lo explica claramente en estos términos “como el Auditor General, cuyos informes anuales ofrecen una mirada alarmante sobre el débil sistema financiero del gobierno, [el Defensor del Pueblo] sólo puede hacer recomendaciones. Y así como el auditor general, el defensor del pueblo actúa como un mero centinela de una administración deficiente” (OPPELT 2012, p. 5).

De hecho, más allá de la oficina del Auditor General que es financieramente autosuficiente como resultado de las tasas de auditoría que cobra, las otras instituciones del Capítulo 9 cuentan con poco presupuesto para operar. Por lo tanto,

es importante aumentar la cantidad de dinero destinada a estas instituciones y aún más importante es estandarizar sus presupuestos para erradicar la percepción de que estas instituciones responden a los departamentos de gobierno que pagan sus cuentas (LANGEVELDT, 2012, p. 1).

En lo que respecta a su mandato, estas instituciones están claramente mandatadas para controlar las actividades de gobierno y por lo tanto, no pueden tener un accionar decisivo como el poder judicial u otras ramas de gobierno. De hecho tienen poco margen para cumplir eficientemente con su mandato. Langeveldt observa: “No tienen poder para tomar medidas disciplinarias contra funcionarios de gobierno. Su rol es meramente de investigación y administrativo” (LANGEVELDT, 2012, p. 1).

Sin embargo, estas instituciones están empoderadas para investigar e incluso llevar cuestiones ante la corte cuando lo consideren necesario. Por lo tanto, su debilidad no se vincula a su falta de poder, sino, al hecho que no usan el poder derivado de su autoridad (PARLIAMENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 2007). De hecho, cuando el poder del Defensor Público fue usado efectivamente, a través de la investigación, condujo a resultados positivos, tales como la destitución por parte del Presidente de la República de dos ministros, y la suspensión del comisionado de la policía por conducta dolosa. (BAUER, 2011).

5 Conclusión

El objetivo de este trabajo era investigar los desafíos enfrentados por las instituciones democráticas de Sudáfrica para hacer que el crecimiento se transforme en acceso a derechos. Para alcanzar este objetivo, el trabajo observó tres temas principales. Primero se enfocó en la relación entre derechos y crecimiento económico. Luego, examinó el contexto sudafricano. Finalmente, examinó algunos desafíos enfrentados por las instituciones democráticas para traducir crecimiento económico en acceso a derechos.

Sobre el primer tema, el trabajo demostró que existe una relación entre derechos y crecimiento económico. Se mostró que el crecimiento es instrumental a la realización de los derechos y viceversa. En esta perspectiva, un aumento en los recursos, como resultado del crecimiento es un factor habilitante, que debería permitir que el Estado cumpla con su rol de garante de derechos. El trabajo también mostró la complementariedad entre los enfoques basados en derechos y los enfoques económicos, con relación al desarrollo humano. Concluyó que cada enfoque por sí mismo es inadecuado para alcanzar el desarrollo humano.

Sobre el segundo tema, con foco en el contexto sudafricano, el trabajo demostró que el país es una democracia con fuertes características de constitucionalismo. También mostró que la economía floreció y que el país es actualmente considerado como país de ingresos medios. Sin embargo, y a pesar de la adopción de políticas favorables a los más pobres, se necesita hacer mucho más para que el crecimiento alcance plenamente a los más pobres en la forma de acceso da derechos.

Tercero, se afirmó que el modelo constitucional sudafricano brinda un ambiente propicio para que el crecimiento se traduzca en la realización de derechos para los más pobres. Sin embargo, esto sólo puede suceder si las instituciones democráticas establecidas por el Capítulo 9 de la Constitución sudafricana para controlar la implementación de

los derechos humanos, son eficaces. Se hizo hincapié en la gran cantidad de desafíos enfrentados no sólo por dichas instituciones del capítulo 9, sino por los tribunales y el gobierno. Los principales retos se encuentran en torno a la falta de capacidad, habilidades y de rendición de cuentas de los funcionarios del gobierno. Para los tribunales, el impacto de su rol se diluye ya que varias veces difieren cuestiones relacionadas el bienestar de los más pobres, hacia el ejecutivo y legislativo. Entre las principales barreras para las instituciones del Capítulo 9 se incluyen la falta de conocimiento general por parte del público, la falta de capacidad financiera y de recursos humanos, y la percepción general de que son extensiones del partido de gobierno.

Para mejorar las perspectivas de modo que el crecimiento se traduzca en acceso a derechos, los desafíos anteriormente identificados deberían ser decisivamente tratados. Esto sólo puede hacerse a través de la capacitación de los funcionarios públicos y de la transparencia a nivel de administrativo; el poder judicial debería asumir su responsabilidad y estar listo para “interpretar la Constitución sin interferencia externa y para invalidar la acción del gobierno que infrinja los valores constitucionales” (GORDON; BRUCE, 2006, p. 30). Los ciudadanos en general deben ser informados sobre las instituciones del Capítulo 9, a las que se deben destinar más recursos humanos y financieros. Finalmente, la percepción de que los funcionarios de las instituciones del Capítulo 9 son una mera extensión del partido de gobierno puede resolverse garantizando que los funcionarios de dichas instituciones no estén vinculados con partidos políticos.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- AUDITOR-GENERAL SOUTH AFRICA. 2012. **Nationwide local government audit results unchanged at unqualified audit option level**. 23 Julio. Disponible en: <<http://www.info.gov.za/speech/DynamicAction?pageid=461&sid=29289&tid=77348>>. Visitado el: 26 Jul. 2012.
- BARRO, Robert J. 1996. **Determinants of economic growth**: across country empirical study. Disponible en: <http://www.nber.org/papers/w5698.pdf?new_window=1>. Visitado el: 03 Nov. 2012.
- BAUER, Nickolaus. 2011. Zuma wields the axe ‘for the good of SA’. **Mail & Guardian**, 24 October. Disponible en: <<http://mg.co.za/article/2011-10-24-zuma-wields-the-axe-for-good-of-sa>>. Visitado el: 20 Ago. 2012.
- BENNETT, Juliette. 2002. Multinational corporations, social responsibility and conflict. **Journal of International Affairs**, v. 55, No. 2, p. 393-410, Spring.
- BILCHITZ, David. 2007. **Poverty and fundamental rights**: the justification and enforcement of socio-economic rights. Oxford; New York: Oxford University Press.
- _____. 2010. Is the Constitutional Court wasting away the rights of the poor?

- Nokotyana v. Ekurhuleni Metropolitan Municipality. *The South African Law Journal*, v. 127, part 4, p. 591-605.
- BRAND, Jacobus Frederick Daniel. 2009. **Courts, socio-economic rights and transformative politics**. LLD Thesis (Doctoral) – Stellenbosch University, Stellenbosch.
- _____. 2011. Judicial deference and democracy in socio-economic rights cases in South Africa. *Stellenbosch Law Review*, v. 22, No. 3, p. 614-638, Dec.
- CURRIE, Iain; DE WAAL, Johan. 2005. **The Bill of Rights handbook**. 5th ed. Claremont, South Africa: Juta.
- CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA). 2012. **World factbook**. Disponible en: <<https://www.cia.gov/library/publications/rss-updates/world-factbook-updates-january-20-2012.html>>. Visitado el: 03 Mar. 2012.
- DAVIS, Dennis. 2010. Transformation: the constitutional promise and reality. *South African Journal on Human Rights*, v. 26, n. 1, p. 85-101.
- DEMOCRACY AND GOVERNANCE RESEARCH PROGRAMME OF THE HUMAN SCIENCES RESEARCH COUNCIL. 2007. **Assessment of the Relationship Between Chapter 9 Institutions and Civil Society**. Final report, 15 January 2007. Disponible en: <www.fhr.org.za/attachment_view.php?aa_id=26>. Visitado el: 20 Ago. 2012.
- DUFLO, Esther. 2001. **The medium run effects of educational expansion**: evidence from a large school construction program in Indonesia. Massachusetts Institute of Technology, Department of Economics. Working Paper: 01/46. Disponible en: <[http://qed.econ.queensu.ca/pub/students/phds/rouillard/econ222/winter2011/news/dufflo\(2001\).pdf](http://qed.econ.queensu.ca/pub/students/phds/rouillard/econ222/winter2011/news/dufflo(2001).pdf)>. Visitado el: 03 Nov. 2012.
- EASTERLY, William. 2001. **The political economy of growth without development**: a case study of Pakistan. Paper for the Analytical Narratives of Growth Project, Kennedy School of Government, Harvard University. Disponible en: <http://williamesterly.files.wordpress.com/2010/08/9_-easterly_thepoliticeconomyofgrowthwithoutdevelopmentpakistan.pdf>. Visitado el: 3 Nov. 2012.
- FAN, Shengeen; CHAN-KANG, Connie. 2005. **Road development, economic growth, and poverty reduction in China**. Disponible en: <<http://www.ifpri.cgiar.org/sites/default/files/publications/rr138.pdf>>. Visitado el: 20 Ago. 2012.
- FAULL, Lionel. 2011. Mushwana unmoved by Oilgate ruling. *Mail & Guardian*, 10 June. Disponible en: <<http://amabhungane.co.za/article/2011-06-10-mushwana-unmoved-by-oilgate-ruling>>. Visitado el: 20 Ago. 2012.
- FOMBAD, Charles Manga. 2007. Challenges to constitutionalism and constitutional rights and the enabling role of political parties: lessons and perspective from Southern Africa. *American Journal of Comparative Law*, v. 55, No. 1, p. 1-45, winter.
- _____. 2011. Constitutional reforms and constitutionalism in Africa: reflections on some current challenges and prospects. *Buffalo Law Review*, Buffalo, NY, v. 59, No. 4, p. 1.007-1.108, Aug.

- GHAI, Yash. 2006. Redesigning the State for right development. In: ANDREASSEN, Bård-Anders; MARKS, Stephen P. (Eds.). 2006. **Development as a human right: legal, political and economic dimensions**. London: Havard School of Public Health Francois-Xavier Bagnoud Centre for Health and Human Rights. p. 141-166.
- GORDON, Amy; BRUCE, David. 2006. **Transformation and the independence of the judiciary in South Africa**. Disponible en: <<http://www.csvr.org.za/docs/transition/3.pdf>>. Visitado el: 22 Ago. 2012.
- HELEBA, Siyambonga. 2011. The right of access to sufficient water in South Africa: how far have we come? **Law Democracy and Development**, Bellville, South Africa, v. 15, p. 244-278.
- KAPINDU, R. E. 2010. Reclaiming the frontier border of constitutional deference: *Mazibuko v City of Johannesburg*: a jurisprudential setback. **Southern African Public Law**, v. 25, No. 2, p. 471-490.
- KLARE, K. 1998. Legal culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, v. 14, p. 146-188.
- LANGA, Pius N. 2011. The role of the Constitution in the struggle against poverty. **Stellenbosch Law Review**, v. 22, No. 3, p. 446-451, Dec.
- _____. 2006. **Transformative constitutionalism**. Prestige lecture delivered at Stellenbosch University on 9 October 2006. Disponible en: <<http://web.up.ac.za/sitefiles/file/Faculty%20of%20Law%20Documents/2011/Langa%20-%20Transformative%20Constitutionalism.PDF>>. Visitado el: 02 Ago. 2012.
- LANGEVELDT, Veleska. 2012. **The Chapter 9 Institutions in South Africa**. Southern Africa Catholic Bishops' Conference, Parliamentary Liaison Office. Briefing Paper 287, April 2012. Disponible en: <http://www.hss.de/fileadmin/suedafrika/downloads/BP_287_The_Chapter_9_Institutions_in_South_Africa_April_2012.pdf>. Visitado el: 20 Ago. 2012.
- LANGFORD, Malcolm. 2009. Domestic adjudication and economic, social and cultural rights: a socio-legal review. **SUR**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 98-133, Dec. Disponible en: <<http://www.surjournal.org/eng/conteudos/pdf/11/05.pdf>>. Visitado en: Ago. 2012.
- LIEBENBERG, Sandra. 2000. **Human development and human rights, South African Country Study**. Human Development Report 2000 Background Paper. Disponible en: <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2000/papers/sandra%20liebenberg.pdf>>. Visitado el: 01 Ago. 2012.
- _____. 2006. Making a difference: human rights and development – reflecting on the South African experience. In: ANDREASSEN, Bård-Anders; MARKS, Stephen P. (Eds.). **Development as a human right: legal, political and economic dimensions**. Cambridge, MA: Harvard School of Public Health, François-Xavier Bagnoud Centre for Health and Human Rights.
- _____. 2009. **Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution**. Claremont, South Africa: Juta.
- LIEBENBERG, Sandra; QUINOT, Geo. 2011. **Editors' introduction: law and poverty colloquium special edition**. **Stellenbosch Law Review = Stellenbosch Regstydskrif**, v. 22, No. 3, p. 443-445.

- MADONSELA, Thuli N. 2010. **Corruption and governance challenges: the South African experience: address by the Public Protector of the Republic of South Africa at the National Conference on Corruption and Governance Challenges**, in Nigeria on 21 January 2010. Disponible en: <http://www.publicprotector.org/media_gallery/2010/PP%20Speech%20Nigeria%20Corruption%20and%20Governance%20Challenges%20final.pdf>. Visitado el: 01 Ago. 2012.
- MAKHUNGA, Andile C. 2008. **Black economic empowerment and its impact on wealth creation in the new South Africa**. MBA dissertation (Master of Business Administration) – University of Pretoria, Pretoria.
- MCKAY, Andy; VIZARD, Polly. 2005. **Human rights and poverty reduction: right and economic growth: inevitable conflict or 'common ground'?**. London: Overseas Development Institute (ODI). (Rights in Action).
- MCLEAN, Kirsty. 2009. **Constitutional deference, courts and socio-economic rights in South Africa**. Pretoria: Pretoria University Law Press (PULP).
- MONTALVO, Jose G.; RAVALLION, Martin. 2010. The pattern of growth and poverty reduction in China. **Journal of Comparative Economics**, v. 38, No. 1, p. 2-16.
- MURRAY, Christina. 2006. The Human Rights Commission et al: what is the role of South Africa's Chapter 9 institutions? **PER: Potchefstroom Electronic Law Journal**, v. 9, No. 2, p. 122-197.
- NEWMAN, Dwight. 2003. Institutional monitoring of social and economic rights: a South African case study and a new research agenda. **South African Journal on Human Rights**, v. 19, p. 189-215.
- OPPELT, Phylicia. 2012. Public protector weighed down by high expectations. **Sunday Times**. South Africa, 12 Aug. 2012, p. 5.
- PARLIAMENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. 2007. **Report of the ad hoc Committee on the Review of Chapter 9 and Associated Institutions: a report to the National Assembly of the Parliament of South Africa**, 31 July 2007. Cape Town, South Africa. Disponible en: <http://d2zmx6mlqh7g3a.cloudfront.net/cdn/farfuture/-XLbTopl6m3Peny9rXuUTk9WIJ0nfTRBhfmHgr02b6U/mtime:1223035459/files/docs/070821chap9report_0.pdf>. Visitado el: 13 Ago. 2012.
- PETER, Chris Maina. **Human Rights Commissions in Africa: lessons and challenges**. Disponible en: <http://www.kas.de/upload/auslandshomepages/namibia/Human_Rights_in_Africa/11_Peter.pdf>. Visitado el: 02 Ago. 2012.
- PIETERSE, Edgar; VAN DONK, Mirjam. 2004. The politics of socio-economic rights in South Africa: ten years after apartheid. **ESR Review: Economic and Social Rights in South Africa**, v. 5, No. 5, p. 12-15, Dec.
- PIETERSE, Marius. 2005. What do we mean when we talk about transformative constitutionalism? **SA Public Law**, v. 20, n. 1, p. 155-166.
- PILLAY, Kameshni. 2002. Implementing grootboom: supervision needed. **ESR Review: Economic and Social Rights in South Africa**, v. 3, No. 1, p. 13-14, July.

- RANIS, Gustav. 2004. **Human development and economic growth**. New Haven, CT: Economic Growth Center, Yale University. (Center Discussion Paper No. 887). Disponible en: <<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/28375/1/dp040887.pdf>>. Visitado el: 13 Ago. 2012.
- ROZELLE, Scott; ZHANG, Linxiu; HUANG, Jikum. 2000. **China's war on poverty**. Stanford, CA: Center for Research and Policy Reform. (Working Paper No. 60). Disponible en: <<http://www.stanford.edu/group/siepr/cgi-bin/siepr/?q=system/files/shared/pubs/papers/pdf/credpr60.pdf>>. Visitado el: 21 Ago. 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. 2007. Introduction: opening up the canon of democracy. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Ed.). **Democratizing democracy: beyond the liberal democratic canon**. London; New York: Verso. p. xxxiv- lxxiv.
- SENGUPTA, Arjun. 2006. The human right to development. In: ANDREASSEN, Bård-Anders;
- MARKS, Stephen P. (Eds.). 2006. **Development as a human right: legal, political and economic dimensions**. London: Havard School of Public Health. p. 9-35.
- _____. 2008. The political economy of legal empowerment of the poor. In: BANIK, Dan. (Ed.). 2008. **Rights and legal empowerment of the poor in eradicating poverty**. Farham: Ashgate. p. 31-46.
- SHAH, Anup. 2010. Structural adjustment: a major cause of poverty. **Global Issues**, November, 28 2010. Disponible en: <<http://www.globalissues.org/article/3/structural-adjustment-a-major-cause-of-poverty>>. Visitado el: 02 Nov. 2012.
- SIBANDA, Sanele. 2011. Not purpose-made! Transformative constitutionalism, post-independence constitutionalism and the struggle to eradicate poverty. **Stellenbosch Law Review**, v. 22, No. 3, p. 482-500, Dec.
- SOUTH AFRICAN HUMAN RIGHTS COMMISSION (SAHRC). 2008. **Millennium development goals and the realisation of economic and social rights in South Africa: a review**. Working Paper: ESR Unit: Research, Documentation and Policy Unit, Dec. 2008. Disponible en: <<http://www.sahrc.org.za/home/21/files/1/ESR%20Working%20Paper%20for%20Public%20Hearings%202009.pdf>>. Visitado el: 13 Ago. 2012.
- SOUTH AFRICAN HUMAN RIGHTS COMMISSION (SAHRC). 2010. **The 7th Report on Economic and Social Rights: Millennium Development Goals and the Progressive Realisation of Economic and Social Rights in South Africa, 2006-2009**. Disponible en: <<http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=147599>>. Visitado el: 13 Ago. 2012.
- TIMMER, Peter 2005. **Operationalising Pro-poor growth: country study for the World Bank: Indonesia**. Disponible en: <<http://siteresources.worldbank.org/INTPGI/Resources/342674-1115051237044/oppgindonesiaMay2005.pdf>>. Visitado el: 03 Nov. 2012.
- NATIONAL PLANNING COMMISSION. 2011. **Diagnostic overview**. Disponible en: <<http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=147192>>. Visitado el: 03 Nov. 2012.

- THE PRESIDENCY. 2010. **Development indicators**. Disponible en: <<http://www.presidency.gov.za/MediaLib/Downloads/Home/Publications/NationalPlanningCommission4/Development%20Indicators2010.pdf>>. Visitado el: 03 Nov. 2012.
- TSHOOSE, Clarence Itumeleng. 2010. The impact of HIV/AIDS regarding informal social security: issues and perspectives from a South African context. **PER: Potchefstroom Electronic Law Journal**, v. 13, No. 3. p. 408-447. Disponible en: <<http://www.saflii.org/za/journals/PER/2010/25.html>>. Visitado el: 13 Ago. 2012.
- UNDP. 1990. **Human development report**. concept and measurement of human development. Disponible en: <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1990/>>. Visitado el: 03 Nov. 2012.
- _____. 2003. **Human development report**. millennium development goals: a compact among nations to end human poverty. Disponible en: <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2003/>>. Visitado el: 03 Nov. 2012.
- WANG, Yamei. 2011. China maps out rural poverty alleviation for next decade. **English.news.cn**, 2011-11-29. Disponible en: <http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2011-11/29/c_131276686.htm>. Visitado el: 21 Ago. 2012.
- XINHUA NEWS AGENCY. 2006. **China makes strides in poverty alleviation in rural areas**. October 6, 2006. Disponible en: <<http://www.china.org.cn/english/features/poverty/182996.htm>>. Visitado el: 21 Ago. 2012.
- ZHANG, Amei. 1993. **Poverty alleviation in China**: commitment, policies and expenditure. Disponible en: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1997/papers/amei_zhang.pdf>. Visitado el: 21 Ago. 2012.

Jurisprudencia

ARGENTINA

2008. The Argentinian Supreme Court in Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/dáños y perjuicios (daná derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo) (summary in English). Disponible en: <http://www.farn.org.ar/participacion/riachuelo/resumen_ingles.html>. Visitado el: 02 Ago. 2012.

COLOMBIA

2008. Colombian Constitutional Court decision T-760/2008.

INDIA

2001. The Indian Supreme Court case of People's Union for Civil Liberties vs. Union of India (Writ Petition [Civil] 196 of 2001) Right to Food Campaign). Disponible en: <http://www.righttofoodindia.org/mdm/mdm_scorders.html>. Visitado el: 02 Ago. 2012.

SUDÁFRICA

1995. Executive Council Western Cape Legislature & others vs. President of the Republic of South Africa & others 1995 4 SA 877.
1997. Joseph vs. City of Johannesburg SA 786 (5 June 1997).

2000. Government of Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others, 2000 (11) BCLR 1169 (CC).
2002. Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2) (TAC case) (2002 5 SA 721 (CC)).
2002. Residents of Bon Vista Mansions vs. Southern Metropolitan Local Council 2002 (6) BCLR 625 (W).
2004. Khosa vs. Minister of Social Development 2004 (6) SA 505 (CC); 2004 (6) BCLR 569 (CC).
2004. ABSA Bank Ltd vs. Murray 2004 2 SA 15 (C).
2005. President of the Republic of South Africa vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd (Agri SA, amici curiae) 2005 5 SA 3 (CC).
2007. Cashbuild (South Africa) (Pty) Ltd vs. Scott (2007 1 SA 332 (T)).
- 2008 Lingwood vs. The Unlawful Occupiers of R/E of Erf 9 Highlands 2008 3 BCLR 325 (W).
- 2008 Centre for Child Law vs. MEC for Education, Gauteng (2008 (1) SA 223 (T)).
2008. Occupiers of 51 Olivia Road Berea Township and 197 Main Street Johannesburg vs. City of Johannesburg 2008 3 SA 208 (CC).
2008. Mazibuko vs. City of Johannesburg and others [2008] 4 All SA 471.
2008. S vs M 2008 3 SA 232 (CC).
2009. City of Johannesburg vs. Mazibuko, 2009 (3) SA 592 (SCA), 2009 (8) BCLR 791 (SCA).
2009. Mazibuko vs. City of Johannesburg [2009] ZACC 28).
2009. Blue Moonlight Properties 39 (Pty) Ltd vs. Occupiers of Saratoga Avenue (2009 1 SA 470 (W)).
2010. Ntombentsha Beja & others vs. Premier of Western Cape & others (case No: 21332/10).
2010. Nokotyana vs. Ekurhuleni Metropolitan Municipality 2010 (4) BCLR312 (CC).

EEUU

- 2001 Doe vs. Unocal, Case No. CV 966959, pending in US District Court for the Northern District of California.
- 2001 Presbyterian Church of Sudan vs. Talisman Energy, Case No. 01 City. 9882, pending in the US District Court for the Southern District of New York.

AFRICAN COMMISSION

- 2001 Communication 155/96 SERAC & Another vs. Nigeria, ACHPR.

ABSTRACT

Over the past several years South Africa has experienced economic growth that could be expected to have filtered down to the poor in the form of access to rights. Constitutionalism, characterised by separation of powers with checks and balances coupled with human rights monitoring institutions, provides an enabling environment for growth to reach the poor. Yet, despite the existence of this environment in South Africa, an increase in access to rights has not been seen. The paper thus investigates the challenges faced by democratic institutions in ensuring that growth reaches the grassroots in terms of human rights.

This paper analyses the relationship between rights and economic growth, examines the South African context, and shows that constitutionalism failed to transform growth into rights for the needy. It goes on to assess the impediments faced by democratic institutions in translating growth into access to rights.

KEYWORDS

Growth – Economic and social rights – South Africa – Development and human rights.

RESUMO

Ao longo dos últimos anos, a África do Sul experimentou um crescimento econômico que normalmente deveria ter sido filtrado para os pobres na forma de acesso a direitos. Embora na China autocrática o crescimento tenha aumentado o bem-estar dos pobres, este artigo sustenta que o constitucionalismo caracterizado pela separação dos poderes com freios e contrapesos, acompanhado por instituições de monitoramento dos direitos humanos tais como existem na África do Sul, oferece o ambiente propício para que o crescimento alcance os pobres. No entanto, isso não acontece na África do Sul. O artigo investiga, portanto, os desafios enfrentados pelas instituições democráticas no sentido de fazer com que o crescimento atinja as bases em termos de direitos humanos.

Nessa investigação, o artigo analisa a relação entre direitos e crescimento econômico, examina o contexto sul-africano e mostra que o constitucionalismo não conseguiu transformar o crescimento em direitos para os necessitados, para depois avaliar os obstáculos enfrentados pelas instituições democráticas na busca de traduzir o crescimento em acesso a direitos.

PALAVRAS-CHAVE

Crescimento – Direitos socioeconômicos – África do Sul – Desenvolvimento e direitos humanos



SHELDON LEADER

Sheldon Leader es graduado en las universidades de Yale y Oxford, es director del Essex Business and Human Rights Project (EBHR) (Proyecto de Comercio y Derechos Humanos de Essex) donde ofrece consultoría y formación sobre temas relacionados al comercio y a los derechos humanos en varias partes del mundo. Leader también es miembro, hace bastante tiempo, del Human Rights Centre (Centro de Derechos Humanos) de la Universidad de Essex y de la Junta Asesora del Comité de Derechos Humanos de la (Sociedad de Derecho) Law Society de Inglaterra y Gales. Es profesor y da cátedra en la Universidad de Essex, en la Universidad de Paris-Ouest y en varias universidades de EEUU.

Email: leader@essex.ac.uk



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

ENTREVISTA CON SHELDON LEADER

EMPRESAS TRANSNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS

Por Conectas Derechos Humanos

Entrevista realizada en Juiz de Fora, Minas Gerais.

Brasil, el 18 de febrero de 2013.

Original en inglés. Traducido por Maité Llanos.

El Primer Foro Anual de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, realizado del 3 al 5 de diciembre de 2012 en Ginebra, contó con cerca de mil participantes de más de 80 países, tornando este evento la mayor reunión global realizada sobre el tema.

Presidido por John Ruggie, ex Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para derechos humanos y corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales, el Foro contó con más de 20 sesiones oficiales y algunas sesiones complementares organizadas durante el mismo periodo. Las discusiones se concentraron en las tendencias y desafíos de la implementación de los llamados “Principios Rectores” (Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework).

El Consejo de Derechos Humanos aprobó los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos entrevistó un especialista británico que ha seguido de cerca las discusiones sobre este tema.

En el marco del gran debate sobre empresas y derechos humanos en los últimos cinco años, ¿cuáles diría Ud. que son los principales avances y las principales deficiencias?

Diría que uno de los principales avances es el creciente compromiso del derecho en materia de inversiones con asuntos relativos a los derechos humanos, incluyendo una clara conciencia sobre los abusos que ocurren a través de los contratos de inversión que, en gran medida, se mantienen en secreto. Lo positivo es la creciente presión para dar a conocer estos contratos, y en general, creo que existe mucha presión para hacer que varios otros elementos del derecho en materia de inversión sean más respetuosos de los derechos humanos. Todavía no hemos llegado a este punto, aún debe haber una apertura

Ver las notas del texto a partir de la página 121.

del arbitraje vinculado a las inversiones hacia los derechos humanos, pero el terreno está siendo constantemente preparado, y creo que va a dar sus frutos. También pienso que uno de los avances alentadores proviene de los casos que amplían el alcance del deber de diligencia de las casas matrices. La Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales tomó una decisión importante, que sostiene que cuando las casas matrices generan directrices sobre estándares a ser respetados por sus subsidiarias [lo que hacen muchas transnacionales], las matrices deben ser responsabilizadas por los accidentes causados por dichas subsidiarias, si la matriz es negligente en la vigilancia de la implementación de dichos estándares.¹ Aún si todas las cortes nacionales no lo aplican, creo que esta doctrina finalmente va a pesar bastante en otros lugares. Estos pasos son de alguna forma técnicos, supongo, pero también son fundamentales. En este sentido, pienso que el ambiente que se está dando a nivel legal tiene algunas cosas buenas.

Las deficiencias o algunas cosas que necesitan ser desarrolladas: creo que hay muchas cosas que necesitan ser trabajadas y muchas cosas que deben ser hechas. La forma general en la cual se intenta entender el balance entre intereses comerciales e intereses de derechos humanos aún está lejos de ser respetuosa de los derechos humanos. Las cortes y los intereses comerciales están muy lejos de dar el peso necesario a los derechos humanos. Entonces creo que estamos entrando en un período peligroso, donde hay una plataforma de consenso que vincula a los derechos humanos y al comercio, pero donde existe el riesgo real de que se vaya debilitando; los derechos y la protección deben ser lo suficientemente robustos para cuando se enfrentan con las intensas presiones comerciales. Esto aún no ha sido formulado o implementado, y diría que esto es un problema real.

¿Dónde piensa usted que debería ocurrir la formulación y la implementación de este balance?

Creo que debería ser básicamente en el litigio. Quiero decir, para darle a los derechos su verdadero peso. En última instancia, hay mucho trabajo que puede realizarse en el intento de que sea aceptado fuera de los tribunales. Tal vez, se puede vincular con otro posible avance positivo que es el creciente interés por métodos no judiciales para lidiar con los alegados abusos de los derechos humanos cometidos por empresas. En Gran Bretaña esto podría resultar idealmente en una Comisión sobre Empresas y Derechos Humanos. Se estuvo por años en la etapa del debate, y aún no se llegó a un resultado, pero creo que es realmente una forma prometedora de conseguir que los argumentos sobre derechos humanos tengan su merecido peso en un foro cuasi judicial. Si se estableciera ese tipo de Comisión, sería un tremendo avance.

¿Y en este contexto, cómo analizaría el impacto de los Principios Rectores (PR)?

Son un paso adelante. Creo que es algo a lo que John Ruggie, ex Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para derechos humanos y corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales, llama “momento constitucional”. Tenemos declaraciones muy generales que son, sin embargo, lo suficientemente claras para hacer que cierto tipo de argumentos ya no sean viables. Por ejemplo, el argumento de que “mis proveedores son simplemente contratistas independientes, no tengo más obligaciones para vigilarlos o tratar con ellos” no puede ser usado si estos principios son, aunque sea mínimamente, aceptados. El requisito de los PR de que debe haber una responsabilidad vertical, de que las empresas matrices asumen más responsabilidad acorde a su rol, es una declaración clara que va más allá del aumento de los tipos de responsabilidades de las empresas matrices, que es algo que se ve en algunos tribunales. En este sentido los

Pr dicen algo bastante definitivo, aunque sin embargo, muy general. Y hay una parte peligrosa: habrá intentos de llenar las lagunas de una forma que no sea satisfactoria para los requisitos de los derechos humanos. Entonces, pienso que los Pr son un progreso pero, abren un nuevo espacio para una potencial regresión.

¿Cuál piensa que debería ser el rol del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos²?

Varias posibilidades. Definitivamente deben tomarse los principios más a fondo en un sentido. Es decir, para que los principios sean más completos y más concretos, para que brinden detalles más claros sobre cómo conducir, por ejemplo, la debida diligencia o sobre cómo comprender las obligaciones en la cadena de proveedores. El rol del grupo de trabajo es asumir esa función. Pero ¿debería ser visto como un intérprete autorizado en un área en el cual hay un continuo, y generalmente, intenso debate en la sociedad civil? No creo que deba ser así, porque en el punto en el que estamos, con el balance de fuerzas entre intereses que son lo que son, no tengo la suficiente fe en un único órgano como para darle la voz autorizada sobre la interpretación de ciertos principios. Creo que vamos a tener que convivir con interpretaciones que compiten entre sí por algún tiempo, y que vamos a ver cómo se resuelve gradualmente. Pero esto va a requerir mucho trabajo de los defensores de derechos humanos para que preparen el terreno y para que presionen por algunas cosas. Es equivocado, en este nivel de desarrollo de los Principios Rectores esperar que el grupo de trabajo resuelva todo por sí mismo, con una capacidad cuasi judicial.

¿Pero puede el grupo de trabajo darle un significado más concreto a los Pr?

Sí, pero eso es algo diferente. Darle cuerpo a lo que algunos de estos principios significan, es algo que no se puede hacer sin necesariamente establecer juicios de valor sobre el peso de los derechos, sobre lo que está en riesgo, ya que compiten con intereses comerciales. Estos juicios sobre los pesos que deben ser asignados a intereses en competencia, son juicios que deben ser hechos en varios espacios de negociación y diálogo, entre empresas y defensores de derechos humanos, pero sería prematuro crear un único órgano que lo haga como una corte de apelaciones supranacional. Si empujamos muy rápido para intentar crear este tipo de órgano, el GT corre el riesgo de alejar a algunos sectores, y en este sentido, podría perjudicar el progreso que se ha conseguido hasta ahora con los Pr.

¿Cuál es su visión sobre las propuestas de ampliación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI) para que pueda tratar casos de conducta dolosa empresarial?

Creo que sería bueno. No puedo decir que sea un completo experto sobre las diferentes posiciones en este debate, pero en lo general, me gustaría mucho romper el bloqueo sobre el estatus en el derecho internacional, de las obligaciones de las compañías.

Buena parte del debate trata sobre el acceso a reparaciones, y vimos varios informes sobre lo difícil que es llevar a las empresas a la justicia, especialmente en el Sur Global. ¿Ha visto usted alguna innovación, algún cambio en legislaciones que hagan posible hacer que las empresas respondan legalmente a nivel nacional?

Sí, pequeñas cosas, pero cosas importantes. No sólo sobre el acceso a la justicia, sino generalmente, sobre legislación que fortalece las obligaciones extraterritoriales de las empresas. Un ejemplo, la ley contra sobornos de Gran Bretaña.³ Es potencialmente muy poderosa, actualmente está en vigor, y establece el requisito de debida diligencia de las empresas de Gran Bretaña por sus acciones en el extranjero realizadas por agentes y por una variedad de personas que trabajan para ellas. Entonces ahora, si yo pago un soborno

en Congo para hacer negocios para una empresa domiciliada o activa en Gran Bretaña, se activa inmediatamente la responsabilidad legal de la empresa en Gran Bretaña que permitió el soborno y que no hizo todo a su alcance para evitarlo. Es un paso adelante. No se trata del acceso a la justicia por parte de las víctimas, es cierto, pero tiene un potencial disuasivo muy fuerte. ¿Si he visto cosas similares en otros lugares en el área que mencionas, pasos innovadores hacia reparaciones adecuadas? No, no puedo decir que lo haya visto, no aún. Para mí, las áreas problemáticas con las que estoy familiarizado tienen que ver con la necesidad de que se adopte una actitud más firme sobre remedios u órdenes preventivas o una variedad de órdenes que reduzcan la velocidad o paren proyectos hasta que se reparen los abusos un abuso sea reparado, como pasó en Brasil recientemente. Necesitamos más que eso, necesitamos criterios que tornen todo más fácil y más asequible. Es cierto, desafortunadamente, que la mayoría de las veces cuando llegan estas órdenes, particularmente órdenes restrictivas rápidas, se trata de mecanismos dilatorios. Estás diciendo: “Mira, vas a tener un daño inminente e irreversible si no lo paras”. Pero la orden completa para parar algo permanentemente es algo muy raro, incluso a pesar del hecho de que tal orden sea claramente merecida en determinadas situaciones. También necesitamos incluir los problemas de posicionamiento para las disputas de contratos de inversión, que son básicamente entre compañías y gobiernos anfitriones, donde las víctimas reales son terceras partes, poblaciones locales, generalmente perjudicadas por violaciones que se derivan a veces de los propios términos del contrato que se negoció entre la empresa y el Estado. Las víctimas reales no pueden presentar quejas, porque no son formalmente partes del contrato, y esto es una gran laguna. De hecho, diría que el arbitraje de disputas sobre estos contratos es aún muy estrecho, ya que no les da suficientes recursos a las víctimas.

¿Cómo se divide el trabajo el Norte/Sur, cuando hablamos de empresas y derechos humanos?

En mi experiencia limitada, la división Norte/Sur se da realmente en función del tipo de recurso que está siendo explotado, y repercute en la forma en las que las poblaciones son tratadas. Ahí se encuentra el ejemplo de las industrias extractivas de las que hablaba anteriormente. Parece que el daño causado en el Sur a las poblaciones locales es mucho más claro y más fuerte que en cualquier otro lugar. Me baso sólo en los ejemplos que conozco, y Uganda y Senegal serían dos de ellos. En ambos casos, hay realmente mucha más conciencia sobre el impacto social de las industrias extractivas que en otros lugares; se lee mucho sobre esto en los periódicos, se ven muchos debates entre las ONG locales, en ambos países. A nivel de participación de la sociedad civil, es mayor que en el Norte. Y esto se debe a que hay mucho más en riesgo para la sociedad en su conjunto en la explotación del sector minero en un lugar como Uganda o Senegal.

En América Latina, algunos gobiernos de izquierda están directamente involucrados en la promoción de las industrias extractivas. ¿Usted sabe si esto sucede en otros lugares?

Cómo se da ese cambio en otros lugares es una buena pregunta. Tomemos el caso de Uganda. Creo que hay una clara ruptura en términos políticos. En la rama ejecutiva, efectivamente, se ve esa conexión que estabas describiendo, pero la sociedad civil, a la cual el parlamento le presta alguna atención, tiene una mirada más condicionada sobre los méritos del desarrollo industrial – en el sentido de querer construir más garantías para las poblaciones locales. Esto produjo diferentes miradas entre ciertos miembros del parlamento y de la rama ejecutiva. En general, no se puede decir que los países del Sur estén fuertemente alineados entre ellos, depende del contexto nacional y de las fuerzas que operan para llevarlos a competir entre ellos para atraer inversiones.

¿Cuál es el rol de las universidades y de las ONG en este debate?

Para nosotros, las relaciones más exitosas son aquellas en las que hubo una interacción mutua. Primero, estamos en una zona fronteriza en varias áreas del derecho. Los derechos humanos presionan sobre la agenda comercial en una forma que causa la reconfiguración de ciertos elementos del derecho de inversión, del derecho comercial, y del derecho empresarial; y las universidades están muy bien posicionadas para dar nuevas soluciones a estos problemas. Eso no se encuentra ni en las consultoras, ni en bufetes jurídicos; no tienen tiempo para hacer este tipo de trabajo. Para nosotros, las cosas más exitosas se dieron en aquellos casos en los que aprovechando la información que surgía de las comisiones pudimos para elaborar proyectos, ir al lugar donde están aquellos que demandan ayuda o apoyo, ver qué es lo que sucede y luego volver y trabajar en las soluciones a nivel de los principios básicos. Entonces, creo que las universidades tienen un papel importantísimo, particularmente en este momento donde las doctrinas legales clásicas están agotadas, y donde es imposible apoyarse en una serie de decisiones judiciales destacadas y establecidas en el área. No es como el clásico derecho comercial, donde hay un muy rico campo de jurisprudencia. Nosotros (universidades) no somos órganos de *advocacy*. El lugar de cada uno debe estar bien claro. Las universidades no están establecidas, de hecho, para presionar a través de campañas. Nosotros *estamos* establecidos para hacer trabajo de campo, y allí trabajamos bien y hemos trabajado bien junto con ONG en el trabajo de campo. Las ONG tienen acceso, saben lo que buscan y podemos complementarnos bastante bien. Y las ONG en sí no son pasivas en esto. En general, utilizan argumentos legales, no para litigar, sino para enmarcar los argumentos presentados al Estado o a los empresarios, etc. Entonces es un buen movimiento de ida y vuelta, porque cuando lo hacen, nos alimenta para estar mejor armados, para darle un marco a lo que estamos buscando y a lo que estamos intentando encontrar. También es un momento, políticamente, donde los gobiernos- por lo menos en Europa – están interesados en el impacto de las investigaciones en la sociedad en general. Gran Bretaña, está muy interesada en cada académico cuyo trabajo tenga impacto en el mundo no académico. Esto, creo, puede ser explicado por el hecho de que la crisis financiera, social y política está llevando a los gobiernos a pensar que la universidad tiene que hacer su parte para intentar ayudar con algunos de estos problemas. Entonces, es un buen momento para hacer este trabajo en las universidades.

¿Cuáles cree que son los principales casos que se están desarrollando en el mundo con relación a este debate?

Bueno, probablemente sea tendencioso, pero creo que los principales temas legales en este momento tratan sobre el deber de diligencia que las casas matrices deben ejercer para regular los negocios de sus subsidiarias. La Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales⁴ dejó claro que las casas matrices deben, cuando usan las directivas para empresas de un grupo corporativo sobre el cual tienen control, asumir la responsabilidad por las víctimas si no pueden vigilar adecuadamente la implementación de dichos estándares. Esto podría tener un gran impacto en el fortalecimiento de los estándares de los derechos humanos para las empresas multinacionales. No todos los países han llegado hasta tan lejos. El poder judicial de Holanda, por ejemplo, recientemente asumió un enfoque restrictivo sobre el alcance del deber de diligencia de una casa matriz cuando la misma no puede vigilar la implementación de estándares en la subsidiaria por operar esta última en el exterior.⁵ Espero que con el tiempo los países converjan en la solución que

encontró Inglaterra, pero esto debería ser apoyado por la presión de la sociedad civil en varios países importantes que hospedan a las principales empresas multinacionales.

El caso Kiobel⁶ también es importante, pero sospecho, y puedo estar completamente equivocado, que va a permitir que se mantenga la ley, pero que se reduzca su ámbito de aplicación. Actualmente una interpretación radical de la Ley de Daños para Extranjeros,⁷ expresa que sería posible que un extranjero lleve a la justicia a una empresa no americana en Estados Unidos por violaciones cometidas en el exterior. Si un extranjero demanda a un extranjero en una corte americana, esto es una mala noticia para cualquier magistrado en Estados Unidos por el volumen de litigios que esto promete. Entonces creo que esto va a cortarse. Ni siquiera estoy seguro sobre cuán realista fue como para comenzar. ¿La Corte va a deshacerse completamente del Acta? Tal vez. No es el fin del mundo ya que habrá otros avances jurídicos que van a venir a llenar este vacío.

En el Foro de las Naciones Unidas John Ruggie dijo que era necesaria una conversación intergubernamental con relación a un tratado o a una jurisdicción extraterritorial. ¿Cuál cree que debería ser el ámbito? ¿Existen posibilidades de que haya un tratado? ¿Lo necesitamos?

Sería muy útil tener un tratado porque actualmente no existe una obligación general internacional de proteger. Es decir, que un país puede vigilar cuando un ciudadano comete agravios que no debería cometer en su país, y no está en sí, en la situación de poder regular fuera de sus fronteras. Puede hacerlo gradualmente una legislación que prepare tal poder extraterritorial. Por ejemplo, la Ley contra Sobornos de GB mencionada anteriormente es realmente interesante porque atribuye responsabilidad criminal en el país por actos cometidos en el exterior en nombre de la compañía, o de hecho, por la propia compañía. La pieza que falta es tomar ese poder de regular la actividad en el exterior y extenderlo a un amplio alcance y no esperar que una sola pieza de legislación lo haga. Sería muy útil. ¿Es probable? No lo creo. Y no creo que lo sea porque crea, de hecho, la posibilidad de que los países se vean a ellos mismos obligados a regular las actividades de sus ciudadanos en una muy amplia gama de actividades, y políticamente, las empresas van a hacer todo lo posible para pararlo. Sólo no sé qué hay en esto políticamente, para que un político que esté interesado presione por esto, pero puedo estar equivocado. Me gustaría verlo ¿pero soy tan optimista para verlo? No.

Creo que todos estuvieron bastante sorprendidos cuando Ruggie levantó esta cuestión de la necesidad de una conversación intergubernamental

Sí, y creo que lo que lo lleva a hacerlo, como él dijo, es que hoy no hay una obligación general para que los países regulen a sus empresas en el exterior. Sería bueno, pero no se obtendrá unilateralmente, porque un movimiento unilateral como ese asustaría tanto a los Estados como a los empresarios sobre ser vistos como actuando unilateralmente – una preocupación que expresan los críticos de la Ley contra Sobornos de GB, por ejemplo. Entonces tiene sentido tener un debate multilateral.

NOTAS

1. Se trata del caso *Chandler v Cape Industries Chandler v Cape Plc* [2012] EWCA Civ 525 (25 de abril de 2012)
2. En su 17ª sesión, en la resolución A/HRC/17/4, el Consejo de Derechos Humanos decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre el tema derechos humanos y corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales, compuesto por cinco expertos independientes, con una representación geográfica equilibrada, por un periodo de tres años.
3. Ley contra Sobornos de GB 2010, c. 23
4. *Chandler vs. Cape Plc* [2012] EWCA Civ 525 (25 de abril 2012)
5. A.F. Akpan & anor -v- Royal Dutch Shell plc & anor C/09/337050/HAZA 09-1580
6. El Caso *Kiobel* tuvo lugar en Estados Unidos por demandantes nigerianos que demandaban reparaciones por asesinatos extrajudiciales, tortura, crímenes contra la humanidad, y arresto y detención prolongada y arbitraria. Los demandantes alegaban que la compañía colaboró con el gobierno nigeriano para reprimir sus protestas legales contra la explotación de petróleo y por lo tanto colaboró en las violaciones de derechos descriptas. La petición de avocación fue garantizada por la Corte Suprema de EEUU el 17 de octubre de 2011. La audiencia oral se realizó el 28 de febrero de 2012. Una semana después, el 6 de marzo, la corte requirió información adicional sobre si la ley abarcaba violaciones cometidas fuera del territorio de Estados Unidos. Las informaciones adicionales fueron presentadas a la corte en el verano de 2012 y una nueva audiencia se desarrolló el 1 de octubre de 2012. Se espera una decisión para la primera mitad de 2013. Ver International Human Rights Clinic, Human Rights Program at Harvard Law School at: <http://harvardhumanrights.wordpress.com/criminal-justice-in-latin-america/alien-tort-statute/kiobel-v-royal-dutch-petroleum-co/>
7. La Ley de Daños para Extranjeros (28 U.S.C § 1350; ATS, también llamado Ley de Demandas de Agravios para Extranjeros – ATCA) es parte del Código de Estados Unidos que expresa: “Los tribunales de distrito tendrán jurisdicción original para cualquier acción civil de un extranjero que alegue sólo responsabilidad extracontractual cometida en violación a leyes de naciones o un tratado de los Estados Unidos”. Esta Ley es importante pues permite que los tribunales de EEUU reciban casos de derechos humanos presentados por ciudadanos extranjeros por conductas desarrolladas fuera de Estados Unidos.



ALINE ALBUQUERQUE

Aline Albuquerque tiene maestría en derecho (LLM), PhD, es profesora e investigadora asociada de la Cátedra de Bioética de la UNESCO en la Universidad de Brasilia, Brasil, y Evaluadora Internacional de la Secretaría de Derechos Humanos de Brasil.

Email: aline.santanna@sdh.gov.br.



DABNEY EVANS

Dabney Evans tiene maestría en Salud Pública, PhD, es profesora adjunta del Hubert Department of Global Health en la Rollins School of Public Health de la Universidad Emory y Directora Ejecutiva del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Emory, Atlanta, EEUU.

Email: dbaney.evans@emory.edu

RESUMEN

El presente artículo analiza el sistema brasileño de presentación de informes sobre tratados, en particular su papel en la vigilancia del ejercicio del derecho a la salud. Llevamos a cabo un exhaustivo estudio sobre el sistema brasileño, analizando las competencias jurídicas de los órganos responsables del proceso de presentación de informes y la percepción que los funcionarios de gobierno tienen de dicho proceso. Por último, analizamos los dos informes presentados por Brasil ante el CDESC (2001 y 2007) submetidos al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). El análisis tiene foco en el artículo 12, sobre el derecho a la salud, y están estructurados de acuerdo con los contenidos del informe y sobre la base de la Observación General N° 14. Concluimos que existe una brecha entre los requisitos del CDESC y el contenido de los informes. Señalamos que, en el ámbito de la salud pública, Brasil no ha dado suficiente cumplimiento a sus compromisos relativos a la presentación de informes. Por lo tanto, deben tomarse medidas efectivas para demostrar que los compromisos asumidos por Brasil respecto de los derechos humanos son algo más que una estrategia política tendiente a ocupar una posición de relevancia ante una arena internacional.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodríguez.

Recibido en octubre de 2012. Aceptado en noviembre de 2012.

PALABRAS CLAVE

Sistema de presentación de informes sobre tratados – Derecho a la salud – Instituciones nacionales de derechos humanos



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

DERECHO A LA SALUD EN BRASIL: UN ESTUDIO SOBRE EL SISTEMA DE PRESENTACIÓN DE INFORMES PARA LOS COMITÉS DE MONITOREO DE TRATADOS

Aline Albuquerque y Dabney Evans

1 Introducción

Si bien el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas (ONU) está compuesto por instrumentos y órganos con reconocimiento internacional, el mismo tiene un problema relacionado con el monitoreo y evaluación de los derechos humanos, en especial el derecho a la salud establecido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Dentro del sistema de derechos humanos de la ONU existen diferentes mecanismos de monitoreo de los derechos humanos, que pueden ser clasificados como *chárter-bases bodies* (órganos extraconvencionales, basados en la Carta de la ONU o derivados de estos y *treaty-based bodies* (órganos convencionales establecidos por convenciones internacionales). Los investigadores han hecho muchas críticas sobre la eficacia del compromiso de los Estados respecto de la presentación de informes, las denuncias individuales y demás procedimientos para el monitoreo del cumplimiento de los derechos humanos. En el presente trabajo de investigación nos concentramos en un órgano en particular del sistema de presentación de informes sobre tratados.¹ Nos basamos en los informes que los Estados deben presentar ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de conformidad con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Si bien reconocemos que existen otros mecanismos de seguimiento que son importantes para garantizar la efectividad de los derechos humanos, entendemos que el sistema de presentación de informes sobre tratados es fundamental para la cultura de los derechos humanos, principalmente porque es un mecanismo compartido con las organizaciones no gubernamentales que apoya la participación de la sociedad civil en el proceso de aplicación de los derechos humanos.²

Ver las notas del texto a partir de la página 147.

Un problema fundamental es que los órganos de tratados no ofrecen orientación en materia de recursos materiales y humanos, además de que el Estado suele hacer caso omiso o malinterpretar las expectativas del proceso de presentación de informes. En el derecho a la salud específicamente, los informes son una pieza fundamental, pero “los informes a menudo están incompletos y no siguen un patrón coherente en el abordaje de las obligaciones que asumen los estados en virtud del artículo 12” (TOEBES, 1999). Asimismo, con frecuencia se observa que “no es poco común que en sus informes los Estados Partes presenten una imagen distorsionada de la situación (de la salud) en el país, posiblemente para evitar preguntas difíciles por parte del Comité” (TOEBES, 1999).

El artículo 12 del PIDESC, que establece el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, contiene su propia serie de desafíos específicos. En primer lugar, “el tema del monitoreo del derecho a la salud plantea más interrogantes que respuestas” dado que intervienen diversos factores, por ejemplo, el carácter polémico del derecho a la salud y la noción de aplicación progresiva en la que se basa la asignación de recursos (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2002). La salud es una condición humana importante dado que permite el desarrollo de todas las capacidades humanas. Según Sen, las libertades y capacidades dependen de nuestros logros en materia de salud (SEN, 2010). Aquí estudiamos específicamente los procesos por los cuales los Estados preparan informes con vistas al desarrollo de capacidades a nivel nacional para lograr la efectiva aplicación del derecho a la salud.

Dado su propósito, nuestro estudio puede contribuir a mejorar la realidad del derecho a la salud. Hemos elegido el caso de Brasil, que es importante ya que el país ratificó el PIDESC e introdujo una enmienda constitucional³ sobre el derecho a la salud. La Corte Suprema de Brasil ha determinado que el derecho a la salud es justiciable, de manera que el “modelo brasileño” “se caracteriza por una prevalencia de denuncias individuales en reclamo de tratamiento médico curativo (en la mayoría de los casos, medicamentos) y una tasa de éxito del demandante extremadamente alta” (FERRAZ, 2009). Asimismo, Brasil ocupa el puesto 84 en el Índice de Desarrollo Humano y sus índices de salud demuestran que el gobierno brasileño no ha logrado abordar los determinantes subyacentes de la salud, como la nutrición infantil, el agua potable y las condiciones sanitarias (KLISBERG, 2010). Los indicadores de la salud y el carácter obligatorio del derecho a la salud, que se refleja en las demandas individuales presentadas ante la justicia, demuestran que Brasil aún tiene mucho camino por recorrer en relación con la aplicación del derecho a la salud. Esto también se hace evidente en la falta de un monitoreo efectivo de dicho derecho mediante los informes presentados por el país ante el CDESC, tema que será tratado en este artículo.

Con la mirada puesta en el sistema de presentación de informes en virtud del PIDESC y el derecho a la salud, el presente artículo señala la falta de una estructura estatal para llevar a cabo el proceso de presentación de informes, específicamente el hecho de que no existe ningún organismo designado para desempeñar esta tarea o que cuente con los recursos humanos preparados para darle soporte. Investigamos el proceso mediante el cual el gobierno brasileño elabora los informes a ser presentados ante el CDESC, y si Brasil ha aplicado las recomendaciones contenidas en los informes que el CDESC presentó al país, prestando especial atención al derecho a la

salud. Este estudio no se concentra en el procesamiento de los informes dentro del CDESC, ya que el procesamiento de los informes, incluidas las rémoras, las fuentes de información y relatores y los grupos de trabajo no entran dentro del objetivo de este análisis. El principal propósito de este trabajo consiste en observar y evaluar en forma constructiva la participación y la efectividad en términos de cumplimiento de los mecanismos con que cuenta el estado brasileño para mejorar su desempeño en materia de derechos humanos, específicamente en relación con el derecho al más alto nivel posible de salud.

El enfoque metodológico fue el siguiente: en primer lugar, examinamos de qué modo la comparación con otros países puede ilustrarnos sobre el sistema de presentación de informes sobre tratados de Brasil; en segundo lugar, analizamos entrevistas con actores gubernamentales expertos en el proceso brasileño de presentación de informes sobre tratados, con el fin de obtener información sobre el alcance de la elaboración de informes y del seguimiento de las recomendaciones; en tercer lugar, proponemos un modelo para el sistema brasileño de presentación de informes sobre tratados y analizamos las partes de los informes presentados por Brasil en virtud del PIDESC relacionadas específicamente con el derecho a la salud; por último, abordamos el sistema de presentación de informes sobre tratados del estado brasileño en el ámbito de la salud.

2 Perspectiva general del sistema de presentación de informes sobre tratados a nivel mundial

Antes de abordar específicamente el sistema de presentación de informes sobre tratados del gobierno brasileño, presentamos una perspectiva general. Nuestro objetivo es solamente ilustrar la forma en que otros Estados llevan adelante la tarea de presentación de informes y seguimiento de las recomendaciones. No se trata de un estudio cuantitativo y no se hacen grandes inferencias a partir de esto. La comparación de los mecanismos de presentación de informes sobre tratados nos permite desarrollar una descripción contextual y efectuar clasificaciones (LANDMAN, 2002). La descripción contextual nos permite conocer la forma en que los Estados han hecho frente a la obligación de elaborar informes e implementar recomendaciones relativas a los derechos humanos. La clasificación nos puede permitir simplificar el objeto de análisis. En esta sección, se comparan unos pocos países, haciendo foco en las similitudes y diferencias (LANDMAN, 2002). Comenzamos con una descripción contextual basada en nuestra investigación y luego proponemos una clasificación.

Para conocer el proceso de presentación de informes sobre tratados en distintas partes del mundo, contactamos por correo electrónico a las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH), incluido el Foro de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y su lista de INDH de todo el mundo.⁴ Se eligieron las INDH porque, de acuerdo con los Principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales (los Principios de París) adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y por la Asamblea General en 1993, dichas instituciones tienen la responsabilidad de contribuir a los informes que los Estados deben presentar ante los órganos y comités de las Naciones Unidas. De hecho, se define a las INDH como

órganos establecidos por la constitución de los Estados o por ley o decreto que tienen como función específica la promoción y la protección de los derechos humanos (REIF, 2000). Dado que las INDH tienen competencia específica en el ámbito de los derechos humanos y no cuentan con la información que poseen otros organismos nacionales, consideramos que son el mejor interlocutor para la recolección de información sobre el proceso de los Estados para la presentación de informes sobre tratados.

La lista de INDH provista por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) incluye 18 INDH en el continente americano, 33 en Europa, 25 en África y 21 en Asia-Pacífico. El total es de 90.⁵ Se envió a todas las INDH registradas en el Foro un cuestionario de tres preguntas para averiguar: 1) qué organismo tiene competencia y autoridad para elaborar y presentar informes al CDESC; 2) qué organismo tiene competencia y autoridad para hacer el seguimiento y medir la implementación de las recomendaciones del CDESC; 3) si el Estado cuenta con una ley, norma o política que defina el proceso de presentación de informes. El cuestionario se envió en cuatro idiomas: inglés, portugués, español y francés. Fueron nueve las INDH que respondieron. No resulta fácil obtener información de las INDH. Por ejemplo, la OACDH realizó una encuesta a través de cuestionarios distribuidos a todas las INDH de todo el mundo en enero de 2009 para recopilar datos sobre dichas instituciones. Recibió respuestas de 61 INDH de un total aproximado de 90: 19 de África, 9 de América, 12 de Asia-Pacífico y 21 de Europa (UNITED NATIONS, 2009b). Si bien la tasa de respuestas a nuestro cuestionario fue baja, la información provino de INDH ubicadas en las cuatro regiones del mundo: América, Europa, África y Asia-Pacífico. De América, fueron Paraguay y Perú los países que enviaron información; de Europa, Portugal y España; de África, Namibia, Mauricio y Nigeria; de Asia-Pacífico, Jordania y Timor Oriental. Por lo tanto, dada la cantidad de INDH que existen en la actualidad, los ejemplos provistos en este estudio ofrecen sólo una visión limitada de los procesos contemporáneos de presentación de informes sobre tratados.

En base a las respuestas al cuestionario recibidas de nueve 9 INDH de las cuatro regiones del mundo, en relación con la competencia de algún organismo, los resultados demuestran que no hay un organismo específico encargado de elaborar y presentar informes ante el CDESC, con la única excepción de Portugal. En Nigeria, Perú, y Timor Oriental, los encargados de esta tarea son el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Relaciones Exteriores. El Ministerio de Relaciones Exteriores solo tiene dicha competencia en España, Paraguay y en Jordania, donde el Comité de Derechos Humanos integra el proceso de presentación de informes sobre derechos humanos. Por último, en Mauricio, la institución encargada es la Procuración General, y en Namibia, el Ministerio de Justicia adjunto a la Unidad de Cooperación Internacional.

Sólo España y Portugal tienen un rasgo distintivo en cuanto a sus INDH. En España, la INDH llamada “Defensor del Pueblo” participa del proceso de presentación de informes recopilando datos y aportando información separada sobre el tema objeto del informe en virtud del PIDESC. Por ejemplo, durante el proceso de preparación de la Revisión Periódica Universal, la INDH recopiló datos sobre derechos humanos en forma separada del Ministerio de Relaciones Exteriores y produjo su propio informe. Respecto del informe en virtud del PIDESC, el Estado

español presentó su informe ante el CDESC y ahora está a la espera de su revisión por parte de dicho Comité. En Portugal, la Comisión de Derechos Humanos está vinculada al Ministerio de Relaciones Exteriores y tiene competencia para coordinar el trabajo de los ministerios en relación con el sistema de presentación de informes sobre tratados. La composición de la Comisión de Derechos Humanos comprende todos los ministerios que participan del proceso de presentación de informes. La INDH de Portugal, llamada “Provedor de Justiça”, interviene en el proceso de presentación de informes enviando información a la autoridad gubernamental sobre cuestiones de derechos humanos, participando de las reuniones de la Comisión de Derechos Humanos, y colaborando con las Naciones Unidas.

Timor Oriental es un caso especial ya que se trata de un Estado nuevo, que obtuvo su independencia en 2002 y ratificó la mayoría de los tratados de derechos humanos en 2003. Como carece de recursos materiales y humanos, Timor Oriental presentó sólo dos informes ante la ONU y aún no ha presentado ningún informe relativo al PIDESC. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos está ayudando al gobierno de Timor Oriental para que agilice su proceso de presentación de informes.

En cuanto al seguimiento de la implementación de las recomendaciones presentadas por el CDESC, no hay un organismo especial encargado del monitoreo de dicha implementación. En algunos Estados, hay un ente especial que hace un seguimiento de las recomendaciones del CDESC. Por ejemplo, en Jordania, además del Ministerio de Relaciones Exteriores, hay un Departamento de Derechos Humanos establecido dentro de los siguientes ministerios: Ministerio del Interior, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Trabajo y Ministerio de Justicia. Hay también un Comité de Derechos Humanos compuesto por representantes de los ministerios arriba mencionados con la responsabilidad de hacer el seguimiento de las recomendaciones emanadas de los órganos internacionales de derechos humanos. Otro caso singular es el de Paraguay, donde hay órganos interinstitucionales compuestos por todas las personas a cargo de cuestiones de derechos humanos de cada ministerio, con la coordinación de una de ellas. En España, la INDH tiene competencia para hacer el seguimiento de las recomendaciones del CDESC. En Portugal, la Comisión de Derechos Humanos tiene competencia para realizar dicha tarea y la INDH portuguesa colabora con las acciones de seguimiento desarrolladas por los organismos gubernamentales.

Respecto de la última pregunta, si el Estado cuenta con una ley, norma o política que defina el proceso de presentación de los informes, las INDH respondieron que no existe una norma o ley específica. Sin embargo, la INDH de Paraguay mencionó la Constitución Nacional que incluye un orden jurídico supranacional que asegura la validez de los derechos humanos. En Nigeria, tampoco existe una ley específica, pero la INDH hizo referencia a las obligaciones derivadas de los tratados de la ONU. Aunque las INDH de España y Portugal respondieron que no hay una ley o regla específica sobre el proceso de presentación de informes, existen órganos especiales con competencia para elaborar informes sobre derechos humanos y hacer seguimiento de las recomendaciones. Por lo tanto, existen normas específicas que establecen dichas competencias. Podemos ver entonces que la mayoría de los Estados carecen de una ley

o norma específica, pero algunos tienen reglas particulares relativas a determinados órganos en el ámbito de los derechos humanos.

Son pocos los estudios realizados sobre el proceso de presentación de informes sobre tratados, en especial investigaciones sobre los órganos gubernamentales y las normas correspondientes a este tema. Es por eso que en el contexto de nuevas áreas de investigación, es extremadamente importante mapear datos para obtener un panorama general del tema. Dados estos puntos, se observa que en distintas partes del mundo, si bien algunos Estados han intentado cumplir con las obligaciones asumidas en virtud de los tratados de derechos humanos, la mayoría no cuenta con un organismo o una norma específicos. Hay ejemplos, como España y Portugal, donde las INDH desempeñan un papel distintivo en el proceso de presentación de informes y seguimiento de las recomendaciones. El gobierno de Jordania se ha esforzado por mejorar la influencia de los derechos humanos dentro de los órganos del Estado.

Teniendo esto presente, podría clasificarse a los países de la siguiente manera: aquellos que tienen un sistema de presentación de informes sobre tratados basado en un organismo específico, y aquellos que tienen un sistema de presentación de informes sobre tratados basado en organismos generales, suponiendo que el primer sistema tiene un vínculo más fuerte con la cultura de los derechos humanos y el segundo, uno más débil. El modelo brasileño de presentación de informes sobre tratados puede considerarse un proceso basado en organismos generales. Por lo tanto, el gobierno de Brasil debe emprender acciones respecto del modelo, como lo han hecho España y Portugal.

3 Estudio de caso: el sistema de presentación de informes sobre tratados del Estado brasileño: la percepción de los funcionarios de gobierno

No sabemos de ningún otro trabajo de investigación que intente brindar una descripción contextualizada del proceso brasileño de presentación de informes sobre tratados, que incluya el proceso de elaboración y el de seguimiento de las recomendaciones. Es por eso que hemos tenido que diseñar un estudio para obtener dicha información. Definimos tres preguntas: 1) si existe un proceso normalizado para la presentación de informes; 2) si dicho proceso es necesario para delinear el proceso de presentación de informes y hacer mediciones; 3) si el Estado brasileño ha dado seguimiento a las recomendaciones del CDESC.

Respecto de los participantes de nuestro estudio, se seleccionaron tres funcionarios del gobierno de Brasil en base a su experiencia y conocimiento en materia de derechos humanos, su experiencia concreta con el sistema de presentación de informes sobre tratados y sus antecedentes como funcionarios de gobierno.⁶ El propósito de la encuesta era solamente recopilar información sobre el proceso brasileño de presentación de informes sobre tratados, y como su objetivo era limitado, aplicamos la siguiente metodología: en primer lugar identificamos los contenidos de las respuestas en relación con nuestras preguntas; segundo, considerando dichos contenidos, identificamos cuatro temas comunes a los tres funcionarios encuestados: 1) el proceso actual de presentación de informes sobre

tratados; 2) la falta de normativa; 3) el órgano específico; 4) seguimiento de las recomendaciones del Comité del PIDESC. Luego de eso, hicimos el análisis. Asimismo, organizamos las respuestas por temas. Por último, proponemos un modelo para la presentación de informes por parte del Estado brasileño.

3.1 El sistema de presentación de informes sobre tratados del Estado brasileño: la percepción de los funcionarios de gobierno

3.1.1 Consideraciones de los funcionarios de gobierno

a) Proceso actual de presentación de informes sobre tratados

Según el funcionario de gobierno 1, en adelante llamado FG1, la Secretaría de Derechos Humanos tiene competencia para coordinar el proceso de presentación de informes sobre derechos humanos y el Ministerio de Relaciones Exteriores desempeña un papel secundario en dicho proceso. Como regla general, la Secretaría de Derechos Humanos convoca a una serie de reuniones con todos los organismos del gobierno que tienen participación temática en el informe. El Ministerio de Relaciones Exteriores se concentra en los aspectos procedimentales y la Secretaría de Derechos Humanos en las cuestiones de fondo del proceso de presentación de informes. Sin embargo, aunque el Ministerio de Relaciones Exteriores sabe que el Estado brasileño tiene la obligación de presentar informes periódicos, no tiene el poder de imponer dicha obligación a otros organismos porque no existe una ley o decreto que establezca tal obligación. Dadas estas circunstancias, el FG1 sugiere que el Ministerio de Relaciones Exteriores desarrolle una política interna y un diálogo político con el fin de hacer ver a todos los organismos y órganos correspondientes que la presentación de los informes es un compromiso del Estado y que si no participan seriamente Brasil podría ser mal visto en el escenario internacional.

Asimismo, el FG1 señaló que en el caso del último informe presentado en virtud del PIDESC, la mayoría de los órganos intervinientes no tenía clara la tarea que se debía realizar y por eso había discrepancias entre la información provista por los distintos órganos y organismos. Además, en términos generales, los órganos intervinientes ven el proceso de presentación de informes sólo como un proceso de rendición de cuentas. Esa falta de comprensión cabal les impide a los funcionarios ampliar su percepción.

De acuerdo con el funcionario de gobierno 2, en adelante llamado FG2, la Secretaría de Derechos Humanos coordina el proceso de presentación de informes con la cooperación del Ministerio de Relaciones Exteriores. Desde 2003, la Secretaría de Derechos Humanos no cuenta con personal encargado de la elaboración de los informes, por lo cual ha contratado consultores externos para realizar esta tarea. En opinión del FG2, esa solución no ha resultado adecuada porque los consultores no tienen suficiente conocimiento de los programas y políticas públicas ni tienen la autoridad de pedir información oficial. En algunos casos, elaboraron informes más parecidos a un informe paralelo que a uno oficial. Si bien reconoce que enfrenta problemas de recursos humanos, la Secretaría de Derechos Humanos aún no ha resuelto la cuestión. En consecuencia, algunos informes de Brasil han sufrido

demoras, entre ellos el informe que debe presentar en virtud del PIDESC. Según el FG2, los informes sólo reflejaban las políticas y los programas del gobierno y en muy pocos casos presentaban resultados, desafíos y datos negativos. Respecto del proceso de elaboración de informes pasados, el FG2 señaló que cada proceso de elaboración de un informe exigía nuevos esfuerzos por crear conciencia sobre las obligaciones relativas a los derechos humanos debido la rotación de personal. Muchos órganos y organismos brasileños no son conscientes de la importancia de la cultura de los derechos humanos, y consideran que los derechos humanos no tienen nada que ver con su trabajo cotidiano. Tratan a los derechos humanos como un tema que pertenece sólo al ámbito de la Secretaría de Derechos Humanos y no los perciben como un tema transversal. Asimismo, consideran que la obligación internacional es una obligación del estado y no suya.

Según el funcionario de gobierno 3, en adelante llamado FG3, en términos generales, los órganos y organismos que intervienen en el proceso de presentación de informes no son capaces de identificar la información pertinente ni de comprender su rol en el sistema general de presentación de informes sobre tratados. En muchas ocasiones envían información errónea por no ser estratégica o por haberla simplemente copiado de documentos existentes. También han enviado información sobre políticas y programas sin hacer referencia a sus objetivos o resultados. El FG3 subraya que el proceso de presentación de informes insume mucho tiempo y es costoso principalmente porque requiere de la participación de grandes sectores de los ministerios de Brasil. Señala las dificultades respecto de la cultura de derechos humanos que existen en los poderes legislativo y judicial y en los estados y municipios. Asimismo, menciona que el actual proceso de presentación de informes carece de una metodología para recopilar información o establecer contactos con los órganos y organismos intervinientes, por lo que el proceso se torna poco profesional y se ve afectado por procedimientos indeseables.

b) Órgano específico con competencia para coordinar el sistema de presentación de informes sobre tratados

En cuanto a la necesidad de crear un órgano específico que tenga competencia para coordinar el proceso de presentación de informes y hacer el seguimiento de las recomendaciones del CDESC, el FG1 sugiere que podría crearse un grupo de trabajo permanente mediante una regla infra-legal que estuviera compuesto por profesionales calificados. El FG1 señala que el proceso de presentación de informes requiere de recursos materiales y humanos adecuados y exige tiempo. Es difícil para los órganos y organismos de gobierno darse cuenta del efecto positivo que el proceso de presentación de informes puede tener sobre sus propias actividades. Ocupados en su trabajo diario, no cuentan con tiempo suficiente para preparar información fidedigna.

El FG2 afirma que contar con un órgano específico es una condición necesaria ya que reúne a todos los órganos y organismos que intervienen en un proceso de presentación de informes. Dado que la información es indispensable para cualquier informe, es de vital importancia que exista un órgano o grupo de trabajo que permita difundir la idea de que el proceso de presentación de informes es una obligación del Estado. Por lo tanto, todos los órganos y organismos deben comprometerse a

presentar información fidedigna. El aspecto más difícil del proceso de presentación de informes es la obtención de información fidedigna de parte de los órganos y organismos de gobierno. El FG2 señaló que en 2002 el Poder Ejecutivo Federal creó una Comisión para los Derechos Humanos con competencias relacionadas con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que nunca funcionó (BRASIL, 2002).

El FG3 sostiene que es crucial crear un órgano con dicha competencia. Propone un comité interministerial compuesto por representantes de ministerios y demás organismos. Dicho órgano debería unificar todo el proceso de presentación de informes y seguimiento de recomendaciones. Es necesario institucionalizar el proceso de presentación de informes. Sin embargo, la creación de un nuevo órgano no es suficiente ya que las experiencias del pasado demuestran que es esencial el compromiso político. Los funcionarios públicos y de gobierno deben conducir la tarea como parte de su rutina de trabajo mediante reglas y procedimientos formales.

c) Falta de normativa: debilidad del actual sistema de presentación de informes sobre tratados de Brasil

El FG1 afirma que la falta de normativa hace que el actual sistema brasileño de presentación de informes sobre tratados sea débil. El Ministerio de Relaciones Exteriores y la Secretaría de Derechos Humanos no tienen suficiente poder para exigir información de otros órganos y organismos. Por ello es necesario adoptar medidas legislativas. De otro modo, resulta difícil requerir información. Las medidas legislativas implican la institucionalización del proceso de presentación de informes sobre tratados. Significa que debe haber reglas o leyes que regulen el comportamiento social en el contexto del Estado. El FG1 también sugiere que el Estado brasileño podría elaborar un manual que normalice los procedimientos gubernamentales relacionados con el proceso de presentación de informes. La institucionalización implica un mejor desempeño de las obligaciones asumidas en virtud de los tratados además de permitir que los órganos y organismos se beneficien del proceso de presentación de informes. El FG1 reconoce que para dar inicio al proceso se requiere de capital político, pero es un esfuerzo que debe hacerse porque en la actualidad el comportamiento transparente de los Estados no es suficiente sino que hacen falta mecanismos y herramientas para mejorar la protección de los derechos humanos.

Según el FG2, hace falta una ley para la internalización de los fallos judiciales o recomendaciones sobre derechos humanos, no sólo para las recomendaciones de la ONU sino también de la OEA y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷ Consciente de esta responsabilidad, la Secretaría de Derechos Humanos estableció en 2010 un grupo de trabajo para tratar la propuesta de institucionalizar mecanismos internos para el monitoreo de los derechos humanos, pero el grupo no tuvo éxito.⁸ Si hay personas comprometidas, el resultado probablemente sea satisfactorio, de lo contrario el resultado no es adecuado. La falta de institucionalización demuestra que este tema no es prioritario para el gobierno brasileño, dado que requeriría compromiso político, lo que implica la asignación de recursos financieros, personal calificado y un órgano permanente.

El FG3 subraya que si bien podríamos considerar a los tratados sobre derechos humanos como una norma jurídica interna, hace falta una regla específica para traducirlos en órdenes concretas. Brasil se ha comprometido a presentar informes

anuales ante el Consejo de Derechos Humanos como así también a crear las herramientas internas necesarias para el monitoreo de los derechos humanos a nivel nacional.⁹ En 2009, Brasil adoptó el Tercer Plan Nacional de Derechos Humanos, que establece que el Poder Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Derechos Humanos, deberá elaborar informes periódicos para ser presentados ante los comités de las Naciones Unidas e institucionalizar el flujo de información definiendo órganos y organismos encargados de elaborar los informes y dar seguimiento a las recomendaciones. Respecto de las políticas, el FG3 señala que, de hecho, en Brasil existen reglas pero las mismas no tienen la capacidad de impartir órdenes a los estados y municipios. El funcionario de gobierno 3 afirma que si consideramos los compromisos internacionales asumidos y los logros en materia de derechos humanos podemos ver que Brasil tiene un doble estándar. Por un lado, ha asumido compromisos fuertes, pero por el otro no ha logrado adoptar medidas legales y administrativas para dar cumplimiento a sus obligaciones relativas a los derechos humanos.

d) Seguimiento de las recomendaciones del comité de derechos humanos

Según el FG1, el Estado brasileño no cuenta con un mecanismo formal e institucionalizado para abordar el tema de los derechos humanos. En consecuencia, el gobierno brasileño no ha evaluado las recomendaciones del CDESC y mucho menos las ha incorporado a programas, políticas o leyes. El FG1 señala una excepción: las recomendaciones del comité fueron tomadas en cuenta durante el proceso de elaboración del Tercer Plan Nacional de Derechos Humanos. De todos modos, el FG1 nos recuerda la necesidad de constituir un órgano específico que se encargue de las tareas de seguimiento. Dicho órgano tendría competencia para evaluar las recomendaciones del comité y explorar de qué modo podrían incorporarse a planes, políticas y normas.

El FG2 señala que hasta el Tercer Plan Nacional de Derechos Humanos el gobierno brasileño no había sistematizado las recomendaciones del comité. Dichas recomendaciones fueron simplemente insertadas al Tercer Plan Nacional de Derechos Humanos, por lo cual el FG2 sostiene que el control de la implementación de las recomendaciones de derechos humanos está vinculado al control de la implementación del Tercer Plan Nacional de Derechos Humanos.

3.1.2 Propuesta de un modelo para el sistema brasileño de presentación de informes sobre tratados

En base a la experiencia de representantes del gobierno brasileño y de organismos extranjeros, propondremos un modelo para el sistema brasileño de presentación de informes sobre tratados. En primer lugar, teniendo en cuenta la clasificación de los sistemas de presentación de informes sobre tratados en sistemas basados en un organismo específico y sistemas basados en organismos generales, advertimos que el primer modelo tiene más capacidad para afianzar los compromisos de derechos humanos y mejorar las acciones de monitoreo del Estado. Partiendo de la hipótesis de que el sistema de presentación de informes sobre tratados basado en un organismo específico es más adecuado para difundir una cultura de derechos humanos, basaremos nuestro modelo en este concepto.

A partir de las consideraciones de los funcionarios de gobierno, cabe inferir que el modelo debería basarse en un Comité Interministerial de Derechos Humanos compuesto por representantes de los principales organismos y órganos que intervienen en el proceso de presentación de informes de derechos humanos, así como de la Institución Nacional de Derechos Humanos (si fuera creada). Avalan esta idea el FG3: “la solución sería crear un comité interministerial” y el FG1: “Sugiero establecer un grupo de trabajo”. De igual modo, el FG2 destaca que “es necesario un grupo interministerial”. Las competencias de dicho comité interministerial deberían limitarse a: 1) coordinar el proceso de presentación de informes sobre tratados de derechos humanos; hacer el seguimiento de las recomendaciones del CDESC y desarrollar una metodología para llevar a cabo esta tarea; 2) solicitar a la Unión, los estados, municipios y entidades no estatales información y datos relacionados con el proceso de presentación de informes sobre tratados de derechos humanos y el seguimiento de las recomendaciones; 3) recopilar y sistematizar la información relacionada con el proceso de presentación de informes sobre tratados de derechos humanos y el seguimiento de las recomendaciones; 4) administrar un sistema informático de datos relacionados con los derechos humanos 5) convocar reuniones; 6) elaborar informes sobre derechos humanos con la coordinación de sus representantes; 7) realizar un seguimiento de las recomendaciones emanadas de los órganos de derechos humanos de la ONU y de la OEA; 8) presentar al Presidente de la República informes semestrales sobre las actividades; 9) proponer medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar cumplimiento a las obligaciones relativas a los derechos humanos. Asimismo, el Comité Interministerial de Derechos Humanos debería ser creado por ley, no por decreto. Tal como sugirieron los funcionarios de gobierno, dicho comité debería tener suficiente poder para imponer obligaciones a los estados y municipios, así como a los poderes legislativo y judicial. Esto sólo es posible si existe una ley. El FG2 confirmó esta afirmación: “es bueno contar con una ley específica que demuestre que las obligaciones relativas a los derechos humanos también son una carga del Estado Federal”. En esta misma línea, el Comité Interministerial de Derechos Humanos debería estar coordinado por un representante de la Secretaría de Derechos Humanos, debido al papel que desempeña en la política nacional de derechos humanos y su experiencia y conocimiento para atraer la participación de actores internos. El FG2 sugirió: “el grupo debe estar coordinado por la Secretaría de Derechos Humanos porque ese Ministerio tiene un trato más estrecho con las víctimas y los beneficiarios de las políticas públicas”.

El modelo para el sistema brasileño de presentación de informes sobre tratados debería basarse en obligaciones legales; en consecuencia, la ley debería exigir que todas las entidades públicas y privadas cooperen con el Comité Interministerial. En particular, la ley debería establecer una Secretaría Ejecutiva que brinde soporte administrativo y debería imponer la previsión presupuestaria para sustentar los recursos humanos y materiales. Si bien el FG2 aborda la efectividad de las sentencias condenatorias interamericanas como un tema correlativo, reconocemos que la ley sobre el Comité Interministerial de Derechos Humanos no plantea los mismos desafíos.

En base a los relatos de los funcionarios de gobierno, afirmamos que fueron infructuosos los intentos de establecer un sistema de presentación de informes sobre

tratados, que incluyeron la creación de un grupo de trabajo en 2010 por parte de la Secretaría de Derechos Humanos, una Comisión para los Derechos Humanos creada en 2002 y un Comité de Vigilancia y Seguimiento creado en 2009 en el marco del Tercer Plan Nacional de Derechos Humanos. Dicho Plan reconoce la importancia de las INDH y expone en su Directriz N° 3 y Objetivo estratégico N° 2 mecanismos para vigilar y evaluar la aplicación de los derechos humanos. En particular, las acciones programáticas b y d se ocupan del sistema de presentación de informes sobre tratados. En esas circunstancias, cabe preguntarse si proponer un órgano adicional no sería más que otra medida legal desconectada del conjunto político. Para responder esta pregunta, se necesita un amplio estudio sobre aspectos de las relaciones de poder, incluyendo aquellas asociadas con el poder socioeconómico (EVANS, 2001). Si bien reconocemos este hecho, debemos tener en cuenta que proponer un modelo asentado sólo sobre bases jurídicas es superficial. Todos los funcionarios de gobierno han mencionado elementos políticos: el FG1 sostiene: “la propuesta y concreción de un órgano de derechos humanos implica un capital político... una movilización política”; el FG2 asevera: “el Estado tiene una visión a corto plazo, el sistema de presentación de informes sobre tratados no es una prioridad; el FG3 afirma: “el Estado brasileño tiene un discurso internacional constructivo, pero no hay aplicación a nivel interno. Hay variabilidad en la voluntad política”.

Evans desarrolló tres discursos superpuestos sobre derechos humanos con sus propios lenguajes, conceptos y propósitos normativos: filosófico, jurídico y político (EVANS, 2001). Dado el alcance de este estudio, nos ocuparemos de las perspectivas jurídica y política. El discurso jurídico se centra en un gran cuerpo de leyes internacionales, y tiene como núcleo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los principales pactos. “El discurso jurídico ofrece el signo más visible de actividad relativa a los derechos humanos”, aunque la conexión con la eficacia y los instrumentos jurídicos no queda necesariamente clara (EVANS, 2001). El discurso jurídico crea la falsa impresión de que “es posible garantizar la protección de los derechos humanos siempre que pongamos en práctica la diligencia y la razón al redactar e interpretar el derecho internacional” (EVANS, 2001). Asimismo, “el derecho es el medio a través del cual se materializa la aplicación práctica de las aspiraciones en materia de derechos humanos”; por otra parte, los derechos humanos implican una comunidad política, en la que deben funcionar (GEARTY, 2006). El discurso político intenta contextualizar el discurso jurídico (EVANS, 2001). El discurso político se ocupa de las relaciones de poder, las características socioeconómicas relacionadas con la esfera de los derechos humanos. Los instrumentos de derechos humanos y su aplicación surgen primero de la política porque el derecho internacional podría influir sobre las prácticas de los Estados, pero la dinámica central depende de las preferencias del Estado, en el contexto de imperativos externos (GOODMAN; JINKS, 2003). Por ejemplo, las cuestiones de derechos humanos pueden quedar subordinadas a los imperativos de la globalización, como los principios capitalistas de libre mercado y de progreso económico. En consecuencia, la capacidad potencial de los instrumentos de derechos humanos se ve severamente limitada cuando su concreción depende de la capacidad del Estado para intervenir en áreas importantes de la economía política (EVANS, 2001).

En resumen, un modelo para el sistema brasileño de presentación de informes sobre tratados basado en un proyecto de ley para la creación de un Comité Interministerial de Derechos Humanos, es tan sólo una medida legislativa, no implica un enfoque integral del tema. Como se demostró más arriba, es fundamental contar con un compromiso político, que debe expresarse en acciones concretas, como leyes sobre la aprobación del Comité Interministerial, previsión presupuestaria, y recursos humanos idóneos y especializados. En términos generales, afirmamos que la conducta política adoptada por el gobierno brasileño en materia de derechos humanos ha sido ambigua. En el ámbito internacional, Brasil asumió en 2008 compromisos voluntarios, como la creación de un sistema nacional de indicadores de derechos humanos y la elaboración de informes anuales sobre la situación de los derechos humanos y, al mismo tiempo, no posee una Institución Nacional de Derechos Humanos o un sistema organizado para la presentación de informes sobre tratados. La creación de un Comité Interministerial de Derechos Humanos sería bien acogida, entendida como un compromiso de cambiar esta conducta ambigua.

3.2 Vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en Brasil en base al sistema de presentación de informes sobre tratados

3.2.1 Vigilancia del ejercicio del derecho a la salud: parámetros del CDESC

Elegimos el derecho a la salud para ilustrar el problema enunciado en este estudio de investigación: el sistema brasileño de presentación de informes sobre tratados. Se eligió el derecho a la salud porque plantea desafíos en cuanto a la implementación y monitoreo de los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁰ Asimismo, está visto que su contenido es impreciso, pese a los esfuerzos realizados por el CDESC, a través de su Observación General N° 14 (2000), para delimitar el derecho a la salud (RIEDEL, 2009). Además, la salud es una herramienta esencial y fundamental para que las personas puedan gozar de otros bienes y derechos humanos, entre los que se cuentan el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación (UNITED NATIONS, 2000).

El derecho a la salud en Brasil es un tema difícil de abordar porque el caso brasileño es una paradoja. Por un lado, Brasil cuenta con una vasta jurisprudencia sobre el derecho a la salud y la obligación del Estado de hacerlo efectivo, principalmente en relación con los tratamientos y los nuevos fármacos. Por otro lado, hay gran cantidad de cuestiones no resueltas, como la falta de un sistema de presentación de informes organizado en el Ministerio de Salud. Como consecuencia de la falta de un comité brasileño que se ocupe específicamente del monitoreo de los derechos humanos, nos enfrentamos a graves problemas en el ámbito de la atención primaria de la salud, deficiencias imperdonables en los servicios médicos y altas tasas de mortalidad infantil y materna. (PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION, 2011).

No nos cabe duda de que si Brasil mejora el sistema de presentación de informes, incluyendo la calidad de los informes y del monitoreo de las observaciones finales realizadas por el comité del PIDESC a partir de dichos informes, podrá “realizar una amplia revisión de las medidas que ha adoptado para armonizar sus leyes y políticas nacionales con las disposiciones de los tratados que ha suscripto” (STEINER; ALSTON; GOODMAN, 2008).

En base a los informes en virtud del PIDESC, nos proponemos analizar los informes brasileños, específicamente en lo que respecta al derecho a la salud y las recomendaciones del CDESC. Dicho análisis toma en cuenta la Observación General N° 14, que hace hincapié en la aplicación del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y el artículo 12 del PIDESC, que “constituye el artículo más completo sobre el derecho a la salud en derecho internacional de derechos humanos” (UNITED NATIONS, 2000). Asimismo, tiene en cuenta las Directrices Generales Revisadas sobre la forma y el contenido de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 17/06/91 y las Directrices del CDESC sobre los documentos específicos que deben presentar los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del PIDESC, elaboradas el 24 de marzo de 2009.¹¹

La Observación General N° 14 es la piedra angular, puesto que “se basa en la experiencia adquirida por el Comité en el examen de los informes de los Estados Partes a lo largo de muchos años” (UNITED NATIONS, 2000). Con respecto al propósito de nuestro estudio, nos concentraremos más en la Observación General N° 14 que en las Directrices Generales Revisadas y las Directrices del CDESC sobre los documentos específicos que deben presentar los Estados Partes, ya que fueron aprobadas en 2009, tras la presentación de los informes brasileños al CDESC.

El CDESC proporciona directrices para la presentación de informes a fin de asesorar a los Estados Partes en cuanto a la forma y el contenido de sus informes, de modo de facilitar su elaboración y garantizar que estén completos y su presentación sea uniforme. De esta forma, las directrices para la presentación de informes procuran, en definitiva, estandarizar el contenido de los informes y garantizar que ofrezcan un nivel de información adecuado.

Al analizar las directrices del CDESC a la luz de la Observación General N° 14, advertimos que algunos elementos fueron resaltados por el CDESC, a saber: 1) en general, la obligación básica de adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública; 2) la presentación de información sobre las medidas adoptadas para garantizar la accesibilidad física y económica; aceptabilidad y calidad; 3) la presentación de información sobre las medidas adoptadas: obligaciones básicas relacionadas con la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil; condiciones sanitarias, suministro adecuado de agua limpia potable; inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad; suministro de medicamentos esenciales; 4) cuestiones específicas de la salud: el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; el VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual y la salud mental.

Insistimos en que al evaluar los informes del Estado en relación con el Artículo 12 del PIDESC se deben tomar en cuenta las Directrices del CDESC y la Observación

General N° 14, en particular los aspectos que hemos resaltado anteriormente. Para ello, comenzaremos con el informe presentado por Brasil en virtud del PIDESC en relación con el Artículo 12 y las recomendaciones del CDESC.

3.2.2 Los informes brasileños y las recomendaciones del CDESC: una visión crítica constructiva

Hemos analizado los dos informes brasileños presentados ante el CDESC, uno en 2001 y el otro en 2007. Nuestros análisis se concentraron en el Artículo 12, el derecho a la salud, y se estructuraron según el contenido de los informes y en base a la Observación General N° 14. Tuvimos en cuenta los aspectos anteriormente resaltados. Por lo tanto, en términos metodológicos, seguimos la configuración de los informes y los aspectos de la Observación General N° 14 como se ha planteado.

Brasil presentó su informe inicial en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC en agosto de 2001; en consecuencia, el CDESC mencionó la demora en la presentación del informe y la ausencia de respuestas escritas a su lista de cuestiones.¹² El primer borrador del informe se elaboró en base al trabajo del Instituto de Investigación Económica Aplicada (IPEA).

Con respecto al Artículo 12, el informe es excesivamente largo y verboso. Según las Naciones Unidas, los documentos iniciales específicos para los tratados no deben superar las 60 páginas.¹³ El informe tiene 46 páginas solamente referidas al Artículo 12, con una serie de programas y políticas, tablas y excesivos detalles sobre cuestiones médicas y enfermedades específicas. En primer lugar, destacamos que el informe no sigue una sistematización lógica, ya que aparecen temas diferentes siguiendo una secuencia y se aborda un mismo tema en párrafos desconectados. Por ejemplo, los párrafos 558 y 614 hacen referencia a la ley de salud de Brasil.¹⁴ Además, no se presentan indicadores y resultados desglosados, y por lo tanto, los establecimientos, bienes y servicios de salud no son evaluados conforme a la estructura AAAQ.^{15 16}

El informe comienza con una referencia general a las principales leyes y estándares operativos sin abordar su contenido ni mencionar estrategias nacionales de salud o planes nacionales de acción. Se basa en las enfermedades, por lo tanto comienza con las enfermedades transmisibles, desde el párrafo 578 hasta el párrafo 593, y continúa con una lista de enfermedades transmisibles reemergentes, como el SIDA, el hantavirus y la fiebre amarilla. Asimismo, hace una alusión al Programa Nacional de Inmunizaciones, que contiene resultados y algunas medidas relacionadas con la asignación presupuestaria, sin contextualizarlos en las estrategias y planes nacionales de salud o demostrar su eficacia en términos del derecho a la salud.

Gran parte del informe incluye una descripción de las políticas públicas, en muchos casos sin detalles, como la referencia al proceso de formación del consorcio intermunicipal. De igual modo, no aborda el derecho a los establecimientos, bienes y servicios de salud. Como resultado, no hay información sobre la provisión de un acceso igual y oportuno a los servicios básicos de salud preventiva, curativa y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud.

Con respecto a los temas especiales de alcance general, como la no discriminación e igualdad de trato, la perspectiva de género, los niños y adolescentes, las personas

mayores, las personas con discapacidades, y los pueblos indígenas, el informe menciona a las personas mayores, pero sólo trata la promulgación de la Ley Federal N° 8.842 en enero de 1994, que estableció la Política Nacional de Adultos Mayores y la Política Nacional de Brasil de Atención de la Salud de los Adultos Mayores.

Con respecto a las obligaciones básicas, cabe destacar que el informe no aborda el derecho al acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, a asegurar el acceso a una alimentación esencial; garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; facilitar medicamentos esenciales; velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública. Sin embargo, el informe menciona algunos ejemplos de los efectos de las actividades de saneamiento sobre la salud.

Asimismo, el informe vuelve a enumerar una lista de enfermedades, lo cual muestra que se centra en las actividades y las medidas generales adoptadas para combatirlas. Al final, se enumeran algunos mecanismos adoptados para difundir el derecho a la salud, por ejemplo, el Canal Salud,¹⁷ pero no se relaciona su contenido con el marco de los derechos humanos o con las obligaciones de los estados de impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades.

En cuanto al informe inicial de Brasil, en lo que respecta exclusivamente al Artículo 12, podemos afirmar que:

- 1) se adoptó un enfoque basado en las enfermedades (BUSS; PELLEGRINI, 2007); aparece una lista de enfermedades al principio y al final. Por lo tanto, a partir de ese enfoque, podemos deducir que se entendió la salud como ausencia de enfermedad y el derecho a la salud, como el derecho a estar sano, en lugar de entenderlo como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud (UNITED NATIONS, 2000);
- 2) el informe se limita a la enumeración o descripción de instrumentos jurídicos y administrativos, y no indica qué impacto han tenido esas medidas sobre la salud de la población;
- 3) no reconoce los problemas o desafíos relacionados con la aplicación del derecho a la salud; Brasil no se esfuerza por informar “factores y dificultades” que hayan afectado la aplicación del derecho a la salud, como la corrupción y las malas prácticas de administración (ALSTON, 1997);
- 4) el informe no menciona la población vulnerable como se requiere; por ejemplo, las poblaciones indígenas, las personas con discapacidades, los niños y adolescentes, las minorías como la comunidad del Quilombo, y no adopta un enfoque que contemple la no discriminación e igualdad de trato y la perspectiva de género;
- 5) no menciona estrategias nacionales de salud y no identifica los pertinentes indicadores y bases de referencia del derecho a la salud;

- 6) no aporta información sobre la capacitación adecuada del personal del sector de salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

Corroborando nuestro análisis, el CDESC solicita al Estado Parte que incluya en su segundo informe periódico información detallada y completa, con datos estadísticos comparativos y desglosados, así como información sobre las medidas adoptadas para mejorar el funcionamiento de los servicios para los niños y jóvenes. Además, el CDESC recomienda al Estado Parte adoptar medidas urgentes para garantizar la igualdad de oportunidades para los afrobrasileños, las poblaciones indígenas y las minorías como los gitanos y las comunidades del Quilombo, en particular en el ámbito del empleo, la salud y la educación. El Comité solicita a Brasil que adopte medidas legislativas y de otra índole para proteger a las mujeres de los efectos del aborto clandestino y el practicado en condiciones de riesgo y vele por que las mujeres no recurran a prácticas tan perjudiciales. El CDESC solicita a Brasil que en su próximo informe periódico, suministre información detallada basada en datos comparativos sobre la mortalidad materna y el aborto, y recomienda que Brasil continúe con su labor de prevención y atención en el ámbito de la salud, brindando servicios de salud sexual y genésica, haciendo especial hincapié en los servicios brindados a mujeres, jóvenes y niños.

Brasil presentó su segundo informe en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC en agosto de 2007, pero debía presentarlo para junio de 2006.¹⁸ El segundo informe brasileño sobre la aplicación del PIDESC fue elaborado por un Grupo de Trabajo intersectorial coordinado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Secretaría Especial para los Derechos Humanos de la Presidencia y el Instituto de Investigación Económica Aplicada.

Con respecto al Artículo 12, el informe no comienza mencionando aspectos generales del derecho a la salud, como estrategias y planes de acción nacionales de salud, sino que aborda las principales causas de muerte, como las neoplasias y las enfermedades respiratorias. A continuación, incluye las tasas de mortalidad infantil y luego, trata aspectos nutricionales y la mortalidad materna. Por lo tanto, advertimos que, a diferencia del informe inicial, este informe no tiene una estructura lógica, y la información no pasa en forma lógica de una sección a la otra.

El informe menciona las tasas de mortalidad infantil y materna, pero no desglosadas por sexo, edad y grupos poblacionales; sólo por región. Admite que la mortalidad infantil y materna sigue siendo un grave problema en el ámbito de la salud. Sin embargo, no menciona medidas para afrontarlo.

Asimismo, expone “las medidas adoptadas para la aplicación progresiva del derecho a la salud”. Comienza con el Artículo de la Constitución Federal y conceptos teóricos sobre la igualdad en la salud y la provisión de una atención integral. No indica si hay una estrategia política o nacional, planes o una legislación marco. A continuación, se refiere nuevamente a la mortalidad infantil, y también a la vigilancia de la salud y los Sistemas de Laboratorios de Salud Pública Nacionales. No presenta resultados en materia de salud o efectos sobre la población ni ninguna información sobre la situación *de facto* con respecto a la aplicación del derecho a la salud. Verificamos que el principal foco del informe es mostrar las inversiones públicas

y las medidas formales, en lugar de ilustrar cómo se realizaron esos esfuerzos para modificar las condiciones de vida de la población.

Con la mira en la atención primaria de la salud, el informe señala mejoras significativas en la implementación de la Estrategia de Salud Familiar. Si bien presenta datos sobre la disponibilidad y la accesibilidad física, aunque no desglosados, sigue centrándose en la información *de jure*, por ejemplo, las inversiones y metas del programa. En relación con todos los programas y políticas, no hay información sobre la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad (la "estructura AAAQ"). Sólo hay información general sobre la disponibilidad, sin desglosar.

Asimismo, el informe proporciona información *de jure* sobre políticas nacionales. En lo que respecta a la atención de la salud genésica, maternal (prenatal y postnatal) e infantil, presenta medidas jurídicas y administrativas. Sin embargo, no brinda información, tal como el CDESC solicita a Brasil en su lista de cuestiones, sobre las medidas que se están adoptando para identificar y combatir la alta tasa de mortalidad materna, en particular en las regiones más remotas en las que el acceso a los establecimientos de salud es muy limitado.

Con respecto a los grupos vulnerables, el informe se refiere a los pueblos indígenas en cuatro renglones. No hay información sobre la estructura AAAQ relativa a de los establecimientos, bienes y servicios de salud. No obstante, el informe brinda información sobre los adolescentes y los jóvenes, las personas mayores y los presos, y demuestra que existen políticas y programas públicos relacionados con estos grupos vulnerables. Advertimos que esto constituye una mejoría con respecto al informe inicial.

En lo que respecta a la salud mental y el uso indebido de alcohol y tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas, el informe hace referencia a una serie de políticas y programas públicos. Sin embargo, no hay información sobre la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud y datos estadísticos.

El segundo informe de Brasil muestra una mejoría con respecto al informe inicial, específicamente en los siguientes temas:

- 1) el segundo informe no tiene un enfoque orientado hacia las enfermedades, por lo tanto no está centrado en las enfermedades, sino en las políticas y programas generales;
- 2) el segundo informe hace hincapié en las poblaciones más vulnerables; aunque no atiende en forma satisfactoria las necesidades de las poblaciones indígenas y de los afrobrasileños;
- 3) el segundo informe expone más obstáculos que deben superarse para obtener cambios efectivos, como la reducción de la tasa de mortalidad infantil y la modificación de la legislación vigente centrada en la penalización del uso de estupefacientes.

Al mismo tiempo, el segundo informe mantiene un patrón que no se encuentra dentro del marco de los derechos humanos. En otras palabras, el derecho a la salud

no es entendido como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. En consecuencia, resumimos los puntos claves:

- 1) Se dejan de lado la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad. Por ejemplo, no hay información sobre la disponibilidad de los servicios de salud, el acceso de la población, la calidad o la aceptabilidad;
- 2) en términos generales, el informe se limita a describir las formalidades jurídicas de la situación y no aporta datos estadísticos, indicadores y bases de referencia del derecho a la salud;
- 3) a pesar de mostrar más desafíos y dificultades, el segundo informe no se ocupa lo suficiente de los problemas estructurales, qué medidas necesarias no se han adoptado y por qué es importante la aplicación del derecho a la salud (WISEBERG, 1997). Por ejemplo, uno de los problemas más graves de Brasil en materia de salud que se omitió en el informe es el de las largas filas que deben hacerse para acceder a los servicios de salud (OLIVEIRA et al., 2009);
- 4) si bien observamos un tratamiento más amplio de las poblaciones vulnerables, el informe no brinda información precisa sobre la población indígena y afrobrasileña. Por ejemplo, desde 1999 ha existido un subsistema de salud específico para las poblaciones indígenas y un conjunto de medidas para ocuparse de esas comunidades;
- 5) el informe no menciona ninguna estrategia o plan nacional de salud, ni ningún marco jurídico;
- 6) el informe no brinda datos desglosados y comparativos;
- 7) no hay referencias al derecho a un medio ambiente de trabajo sano o al derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud; 8) el informe no aborda la no discriminación e igualdad de trato y la perspectiva de género; 9) en lo que respecta a las obligaciones básicas, advertimos que algunas de ellas están omitidas en el informe, como los medicamentos esenciales; el acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, la educación y el acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades; y la capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

Por último, considerando que el documento debería incluir información sobre las medidas adoptadas para abordar las cuestiones planteadas por el CDESC en sus observaciones finales al informe previo del Estado Parte, no hay información precisa sobre:

- 1) las medidas para garantizar la igualdad de oportunidades para los afrobrasileños, las poblaciones indígenas y las minorías como los gitanos y las comunidades del Quilombo;

- 2) las medidas legislativas y de otra índole para proteger a las mujeres de los efectos del aborto clandestino y el practicado en condiciones de riesgo y velar por que las mujeres no recurran a prácticas tan perjudiciales;
- 3) las medidas para dar amplia difusión a las actuales observaciones finales en todos los niveles de la sociedad y, en particular, entre los funcionarios del Estado. Tomando en cuenta estos aspectos, el CDESC, en su lista de cuestiones, formula preguntas a Brasil sobre la alta tasa de abortos clandestinos y sus causas, las medidas adoptadas para garantizar el acceso efectivo a los establecimientos, bienes y servicios de salud por parte de los grupos más vulnerables, incluyendo las comunidades indígenas y las personas de descendencia africana, y las medidas de educación preventivas adoptadas para combatir el VIH/SIDA y eliminar la discriminación de las personas con VIH/SIDA. Brasil respondió a estas preguntas en su documento de respuestas a la lista de cuestiones presentado en marzo de 2009 ante el CDESC.

Del mismo modo, cabe recordar que el CDESC señala algunas recomendaciones relacionadas con el segundo informe, como por ejemplo, que el Estado Parte adopte todas las medidas apropiadas para resolver la discrepancia existente entre la expectativa de vida y los niveles de pobreza de la población blanca y negra, dando prioridad a los programas de atención de la salud y erradicación de la pobreza para la población negra. Asimismo, el CDESC solicita información actualizada y datos sobre la esperanza de vida, desglosados por región y por grupo étnico. El CDESC recomienda que Brasil intensifique sus esfuerzos por controlar la propagación del VIH/SIDA y le preocupa que la tasa de mortalidad materna siga siendo extremadamente alta y que el riesgo de mortalidad materna afecte en forma desproporcionada a las comunidades vulnerables, en particular a las comunidades afrobrasileñas, las mujeres indígenas y las mujeres del medio rural. En la misma línea, el CDESC reitera la recomendación que formuló en sus observaciones sobre el informe inicial de Brasil, a saber, el CDESC pide al Estado Parte que ponga en práctica medidas legislativas y de otra índole para proteger a la mujer de los efectos del aborto clandestino y el practicado en condiciones de riesgo. Además, recomienda que Brasil adopte medidas para prohibir la promoción de los productos de tabaco y apruebe legislación para garantizar que todos los espacios públicos cerrados estén completamente libres de tabaco.

A la luz de este estudio, destacamos otro aspecto clave de las recomendaciones del CDESC. El Comité recomienda que Brasil teniendo en cuenta la Observación General N° 14 (2000) del Comité, sobre el derecho a la salud:

- 1) refuerce las medidas encaminadas a reducir la tasa de mortalidad materna;
- 2) aumente la financiación de la atención de la salud para las poblaciones desfavorecidas
- 3) vele por que las personas que viven en situación de pobreza tengan acceso a una atención primaria de salud gratuita;

- 4) cree a nivel comunitario sistemas de atención de la salud materna y sistemas de remisión de pacientes para urgencias obstétricas;
- 5) vele porque las poblaciones económicamente desfavorecidas gocen de un acceso equitativo a los servicios de salud, y en particular a los servicios obstétricos;
- 6) vele porque las poblaciones económicamente desfavorecidas gocen de un acceso equitativo;
- 7) presente, en su próximo informe periódico, información detallada y actualizada, incluidos indicadores y datos estadísticos desglosados, que permita apreciar los avances logrados en esta área.

En resumen, observamos que, en ambos informes, Brasil no ha adoptado una perspectiva de derechos humanos para elaborar sus informes en las partes referidas al derecho a la salud. En consecuencia, la Observación General N° 14 (2000) del Comité, sobre el derecho a la salud, no fue tomada en cuenta como parámetro o directriz para elaborar los informes. Tomando como parámetro esta Observación General, Brasil podría hacer hincapié en los informes, por ejemplo, con el uso de indicadores de derechos humanos desglosados en términos de grupos vulnerables, para vigilar la aplicación del derecho como una obligación básica. Esto también serviría como instrumento de rendición de cuentas y participación en la atención de la salud pública.

Los informes presentan una descripción narrativa y hacen hincapié en medidas jurídicas y formales, como la adopción de un programa o política pública específicos e inversiones, pero no demuestran qué efecto tienen estas políticas y programas en la población, en particular en las regiones y grupos vulnerables. Asimismo, un punto clave que se informa es la insuficiencia de los recursos asignados; el informe debe abordar los principales problemas de salud pública en Brasil, como las malas prácticas de administración, la concentración del mercado, la corrupción y el uso indebido de los fondos públicos. Por lo tanto, concluimos que es necesario mejorar los informes brasileños en las partes referidas al derecho a la salud, lo que requiere una revisión del proceso de elaboración de informes y exige un cambio en el concepto de derechos humanos que tienen los profesionales de la salud pública.

4 Conclusiones

El proceso de presentación de informes es una gran oportunidad para promover un ambiente favorable a los derechos humanos y producir cambios concretos en la práctica habitual de los órganos y organismos del Estado. Si bien el sistema de presentación de informes no es un mecanismo exigible, es innegable su poder para colocar a los Estados en una situación embarazosa e imponerles limitaciones. Mediante el reconocimiento de su importancia para promover una cultura internacional de derechos humanos y avances internos, procuramos demostrar lo importante que es establecer un sistema de presentación de informes sobre tratados serio y comprometido, con la participación de todos los órganos y organismos

que intervienen en el proceso de presentación de informes, incluida la Institución Nacional de Derechos Humanos, y con la coordinación de un órgano exclusivo, el Comité Interministerial de Derechos Humanos.

En otras palabras, la creación de un sistema de presentación de informes sobre tratados basado en un organismo específico es fundamental para mejorar las respuestas del Estado al Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Señalamos que el proceso de presentación de informes insume mucho tiempo y es costoso. Además, requiere recursos materiales, profesionales idóneos y comprometidos, así como una asignación presupuestaria específica.

Para alcanzar estos elementos claves, es fundamental contar con cierto compromiso político, no sólo con una actitud teórica mediante discursos a favor de los derechos humanos, sino con acciones prácticas, que deben reflejarse en la aplicación de la ley. Las medidas legislativas son positivas; sin embargo, no bastan para afrontar los problemas estructurales y causar una ruptura en las relaciones de poder. Es evidente que la creación de mecanismos serios y eficaces y de una conciencia cultural es fundamental para garantizar los derechos humanos.

Teniendo en cuenta la experiencia brasileña en la elaboración de informes en virtud del PIDESC, específicamente en lo referente al derecho a la salud, concluimos que existe una brecha entre los requisitos del CDESC y el contenido de los informes. Atribuimos esta brecha a la ausencia de un sistema de presentación de informes sobre tratados en Brasil, en otras palabras, a la falta de un Comité Interministerial de Derechos Humanos en pleno funcionamiento, y a la distancia entre los órganos del Estado, especialmente los profesionales de la salud pública, y de un marco de derechos humanos, en particular para la Observación General N° 14 (2000).

Por lo tanto, el proceso brasileño de presentación de informes sobre tratados tiene fallas relacionadas con aspectos de procedimiento y de fondo. Con respecto a las cuestiones de procedimiento, Brasil debería adoptar una medida legislativa para abordar la creación de un Comité Interministerial de Derechos Humanos, y el Ministerio de Salud debería reanudar la actividad del Comité de Salud y Derechos Humanos. Con respecto a los aspectos de fondo, se debe hacer lo posible por elevar el nivel de competencia de los funcionarios públicos en materia de derechos humanos e introducir enfoques basados en los derechos (BERACOCHEA; WEINSTEIN; EVANS, 2011) en el Ministerio de Salud. De lo contrario, el proceso de presentación de informes sobre los tratados no será más que un procedimiento formal y burocrático, ya que los profesionales de la salud pública lo consideran un mero “papeleo”, sin ningún efecto práctico. Así, a pesar de que Brasil afirme en el ámbito internacional que ha estado cumpliendo con sus compromisos en materia de derechos humanos, nos preguntamos de qué manera se han hecho efectivos estos compromisos.

Señalamos que, en el ámbito de la salud pública, Brasil no ha dado suficiente cumplimiento a sus compromisos relativos a la presentación de informes. Por lo tanto, deben tomarse medidas efectivas para demostrar que los compromisos asumidos por Brasil respecto de los derechos humanos son algo más que una estrategia política tendiente a ocupar una posición de relevancia ante una arena internacional. De igual modo, Santos (2007) afirma que Brasil es un “Estado heterogéneo” que actúa de manera contradictoria en la esfera de los derechos

humanos. Las “políticas de Brasil son ambiguas y contradictorias”, con algunos funcionarios del Estado que trabajan en aras del cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos, mientras otros pasan totalmente por alto estas obligaciones y desatienden los compromisos internacionales asumidos por Brasil.

En el caso que hemos estudiado, es evidente la ambigüedad de Brasil. Se compromete formalmente a proveer mecanismos para el monitoreo de la aplicación de los tratados derechos humanos de la ONU, como el sistema de presentación de informes en virtud del PIDESC, pero luego no institucionaliza el proceso de redacción de estos informes, ni provee los recursos necesarios – materiales o humanos – para alcanzar este objetivo. En consecuencia, se pone en riesgo una oportunidad importante política para cambiar las condiciones de vida de la población, en particular los niveles de salud de los grupos vulnerables.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ALSTON, Philip. 1997. The purposes of reporting. In: UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. **Manual on human rights reporting: under six major international human rights instruments**. Geneva, Switzerland: United Nations, p. 19-24.
- BERACOCHEA, Elvira; WEINSTEIN, Corey; EVANS, Dabney P. (Eds.). 2011. **Rights-based approaches to public health**. New York, NY: Springer Publishing.
- BRASIL. 1988. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Visitado el: 17 Dic. 2012.
- BRASIL. 1994. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Visitado el: 17 Dic. 2012.
- BRASIL. 2002. **Decreto nº 4.433, de 18.10.2002**. Institui a Comissão de Tutela dos Direitos Humanos da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e dá outras providências. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4433.htm>. Visitado el: Dic. 2012.
- BRASIL. 2003. **Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003**. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.683.htm>. Visitado el: Dic. 2012.
- BRASIL. 2012. **Decreto nº 7.797, de 30 agosto de 2012**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Saúde. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7797.htm>. Visitado el: Dic. 2012.

- BUSS, Paulo Marchiori; PELLEGRINI FILHO, Alberto. 2007. A saúde e seus determinantes sociais. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 77-93.
- DONNELLY, Jack. 1998. **International human rights**. 2nd ed. Boulder, Colo.: Westview Press.
- EVANS, Tony. 2001. **The politics of human right**. London: Pluto Press.
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta. 2009. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? **Health and Human Rights: an International Journal**, Boston, MA, v. 11, n. 2, p. 33-45.
- GEARTY, Conor A. 2006. **Can human rights survive?** Cambridge: Cambridge University Press.
- GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. 2003. Measuring the effects of human rights treaties. **European Journal of International Law**, Firenze, v. 14, n. 1, p. 171-183.
- KLIKSBERG, Bernardo. 2010. O que significa viver na América Latina, a mais desigual das regiões? O caso da saúde pública. In: SEN, Amartya.; KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, p. 139-211.
- LANDMAN, Todd. 2002. Comparative politics and human rights. **Humans Rights Quarterly**, Baltimore, MD, v. 24, n. 4, p. 890-923.
- OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. et al. 2009. **The right to health in Brazil**. 'Right to health – a multi-country study' project, Law School, University of Aberdeen. November, 2009. Disponível em: <<http://www.abdn.ac.uk/law/documents/The%20Right%20to%20Health%20in%20Brazil.pdf>>. Visitado em: 15 Jan. 2012.
- PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION (PAHO). 2011. Health Information and Analysis Project. **Health situation in the Americas. Basic Indicators**. Washington, DC, 2011. PAHO/HSD/HA/11.01.
- REIF, Linda Christine. 2000. Building democratic institutions: the role of national human rights institutions in good governance and human rights protection. **Harvard Human Rights Journal**, Cambridge, MA, v. 13, p. 1-69, Sept.
- RIEDEL, Eibe. 2009. The human right to health: conceptual foundations. In: CLAPMAN, Andrew; ROBINSON, Mary. **Realizing the right to health**. Zurich: Ruffer & Rub, p. 21-39.
- SANTOS, Cecília MacDowell. 2007. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **SUR**, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 27-57, dez. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo7.php?artigo=7,port,artigo_santos.htm>. Visitado em: Dic. 2012.
- SEN, Amartya. 2010. Por que equidade na saúde? In: Amartya.; KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, p. 73-93.
- SMITH, George P. 2005. Human rights and bioethics: formulating a universal right to

health, health care, or health protection? **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Nashville, TN, v. 38, n. 5, p. 1.295-1.321, Nov.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip.; GOODMAN, Ryan. 2008. **International human rights in context: law, politics, morals**. 3rd ed. New York: Oxford University Press.

TOEBES, Brigit C. A. 1999. The right to health as a human right in international law. Antwerpen: Intersentia.

UNITED NATIONS. 1989. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **Reporting by States parties: 24/02/1989. General comment 1. (General Comments)**. Feb. 24th.

UNITED NATIONS. 2000. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **General Comment No. 14 (2000). The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)**. Doc. UN E/C.12/2000/4, Aug. 11th, twenty-second session.

UNITED NATIONS. 2003. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **Rules of procedure of the Committee**. Doc. UN E/C.12/1990/4/Rev.1.

UNITED NATIONS. 2006. International Human Rights Instruments. **Harmonized guidelines on reporting under the international human rights treaties, including guidelines on a common core document and treaty-specific documents**. Report of the Inter-Committee Technical Working Group. Doc. UN HRI/MC/2006/3, May 16th.

UNITED NATIONS. 2008. Human Rights Council.. **Universal Report Review. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review Brazil**. Doc. UN A/HRC/8/27, May. 22th, Eighth session.

UNITED NATIONS. 2009a. Office of the Right Commissioner for Human Rights. **Survey on National Human Rights Institutions. Report on the findings and recommendations of a questionnaire addressed to INDH worldwide**. Jul. Geneva.

UNITED NATIONS. 2009b. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **Guidelines on treaty-specific documents to be submitted by States parties under articles 16 and 17 of the ICESCR**. Doc. UN. E/C.12/2008/2.

WISEBERG, Laurie S. 1997. Human rights information and documentation. In: UNITED NATIONS. 1997 Office of the High Commissioner for Human Rights. **Manual on human rights reporting: under six major international human rights instruments**. Geneva, Switzerland: United Nations, p. 45-59.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). 2002. **Human rights day: advancing**

NOTAS

1. Usamos la denominación "sistema de presentación de informes" tal como la propone Donnelly en su libro "International Human Rights" (DONNELLY, 1998).
2. No es nuestra intención abordar el papel de las organizaciones patria no gubernamentales en el proceso de vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos, aunque reconocemos su influencia vital en cuestiones de derechos humanos, mayormente relacionada con los informes paralelos que las organizaciones no gubernamentales elaboran para su presentación junto con los informes oficiales de los Estados. Esta decisión se basa en que nuestra intención es estudiar el rol del gobierno en la actividad de vigilancia de los derechos humanos dado que son pocos los estudios realizados sobre el tema y queremos colaborar con el gobierno brasileño en esta materia. Podríamos mencionar que nuestra decisión también se debe a que el sistema está diseñado en torno a la relación entre el Estado Nación y los individuos y grupos de ciudadanos.
3. "Artículo 6: la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, el esparcimiento, la seguridad, la seguridad social, la protección de madres y niños, y la asistencia a los desposeídos son derechos sociales tal como lo establece esta Constitución" (BRASIL, 1988).
4. Las instituciones nacionales de derechos humanos son clasificadas según los Principios de París.
5. Esta información fue obtenida en junio de 2011 (UNITED NATIONS, 2009a).
6. Teniendo en cuenta que la información obtenida directamente de los sujetos es confidencial, los investigadores tienen la obligación legal y ética de mantener la confidencialidad de los datos personales. Por lo tanto, los llamamos funcionario de gobierno 1, funcionario de gobierno 2 y funcionario de gobierno 3.
7. Hay algunos proyectos de ley sobre este tema, por ejemplo el Proyecto Nro. 4667/04 que trata sobre los efectos jurídicos derivados de los Órganos Internacionales de Derechos Humanos.
8. El Grupo de Trabajo se crea por Resolución del 7 de abril de 2010 del Secretaría de Derechos Humanos.
9. De acuerdo con el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Revisión Periódica Universal de Brasil (A/HRC/8/27, 22 May 2008 – Human Rights Council): "Brasil reforzó su compromiso de crear nuevas herramientas para la vigilancia interna de los derechos humanos. Esto incluiría un sistema nacional de indicadores de derechos humanos y la elaboración de informes anuales sobre la situación de los derechos humanos, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, un seguimiento de la RPU" (UNITED NATIONS, 2008, p. 16).
10. "La propia imprecisión en problemas de definición así como la medición, vigilancia y ejecución han constituido obstáculos en la aplicación de derechos económicos, sociales y culturales útiles" (SMITH, 2005).
11. Las Directrices del CDESC sobre los documentos específicos que deben presentar los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del PIDESC, elaboradas el 24 de marzo de 2009, reemplazaron las Directrices Generales Revisadas (E/C.12/1991/1).
12. Brasil ratificó el PIDESC el 24/2/1992 y, en virtud del artículo 17 del Pacto y la Resolución del Consejo 1988/4, debía presentar su informe inicial dentro de los dos años de la entrada en vigor del Pacto y luego periódicamente cada cinco años (UNITED NATIONS, 1993).
13. "La información que un Estado considere pertinente para ayudar a los órganos de tratados a comprender la situación de su país deberá presentarse en forma concisa y estructurada. Si bien se entiende que algunos Estados tienen disposiciones constitucionales complejas que deben reflejarse en los informes, éstos no deberán ser excesivamente largos. De ser posible, los documentos básicos comunes no deberán superar las 60 a 80 páginas, los documentos iniciales específicos para los tratados las 60 páginas, y los documentos periódicos ulteriores deberán limitarse a 40 páginas" (UNITED NATIONS, 2006).
14. La Ley N° 10.683/03 (BRASIL, 2003) enuncia la competencia general del Ministerio de Salud y el Decreto N° 7.797/2012 establece la estructura de la Secretaría de Salud (BRASIL, 2012).
15. Nota de la editora: Según la Observación General N° 14 (Naciones Unidas, 2000, párr. 12), todas las instalaciones, bienes y servicios deben cumplir con los criterios sanitarios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (la "estructura AAAQ").
16. Las tasas de mortalidad de niños menores de un año fueron informadas por región y la expectativa de vida al nacer-duración probable de la vida, por sexo, región y estado.
17. Nota de la Editora: Canal Salud es una emisora del Sistema Único de Salud (SUS), con sede en Fundación Oswaldo Cruz. Ver: <<http://www.canal.fiocruz.br/>>. Visitado en: Dic.2012.
18. En marzo de 2009, Brasil respondió a la lista de cuestiones planteadas por el CDESC (E/C.12/BRA/Q/2), pero no hemos analizado este documento porque no surgió de las actividades espontáneas de presentación de informes, sino que fue elaborado en respuesta al requerimiento del CDESC.

ABSTRACT

This article analyzes the Brazilian State treaty-reporting system, particularly its role as monitoring the realization of the right to health. We conducted a thorough study of the Brazilian system by analyzing the legal competencies of the agents responsible for the treaty-reporting process and the governmental agents' perception of this process. Finally, we analyze the two Brazilian Reports submitted to the CESCR (2001 and 2007). Our analysis focuses on article 12 (right to health) and is structured according to the report's contents and based upon General Comment No. 14. We conclude there is a gap between the CESCR's requirements and the content of Brazil's reports. We stress that, in the public health field, Brazil has not adequately accomplished its reporting commitments. Consequently, effective measures must be adopted to address these deficiencies in order to avoid the conclusion that Brazil's human rights commitments are nothing more than a political strategy attempting to occupy relevant international positions in a cosmopolitan arena.

KEYWORDS

Treaty-reporting system – Right to health – National human rights institutions

RESUMO

Este artigo analisa o sistema de envio de relatórios aos comitês de monitoramento de tratados da ONU e particularmente o seu papel como monitor do cumprimento do direito à saúde. Executamos um estudo aprofundado sobre o sistema brasileiro, por meio de análises das competências legais dos agentes responsáveis pelo processo de envio de relatórios e da percepção dos agentes governamentais sobre o processo mencionado. Por fim, analisamos os dois relatórios brasileiros submetidos ao CDESC (2001 e 2007). Centramos nossa análise no Artigo 12 – direito à saúde – e a estruturamos de acordo com o conteúdo do relatório e com base no Comentário Geral nº 14. Concluímos que existe uma lacuna entre os requisitos do CDESC e o conteúdo dos relatórios. Salientamos que, no campo da saúde pública, o Brasil não vem cumprindo seus compromissos referentes aos relatórios de maneira suficiente. Consequentemente, medidas eficazes devem ser adotadas para provar que os compromissos de direitos humanos do Brasil são mais do que uma estratégia política para que o país ocupe posições internacionais relevantes em um auditório cosmopolita.

PALAVRAS-CHAVE

Sistema de apresentação de relatórios aos comitês de monitoramento de tratados – Direito à saúde – Instituições nacionais de direitos humanos



LINDA DARKWA

Linda Darkwa se doctoró en Ciencia Política en la Scuola Superiore Sant'Anna, en Pisa, Italia. Actualmente es becaria investigadora en el Legon Centre for International Affairs and Diplomacy de la Universidad de Ghana, Legon. Los temas de interés de sus investigaciones son la paz y la seguridad, en particular las implicancias de los paradigmas de la seguridad global sobre los procesos de gobierno, derechos humanos, desarrollo y seguridad a nivel regional y local.

Email: ldarkwa@ug.edu.gh; akua.darkwa@gmail.com



PHILIP ATTUQUAYEFIO

Philip Attuquayefio es becario investigador en el Legon Centre for International Affairs and Diplomacy (LECIAD) de la Universidad de Ghana, Legon. Tiene un PhD en Ciencia Política y un MPhil en Relaciones Internacionales. Sus trabajos de investigación se centran en seguridad humana, paz y gestión de conflictos.

Email: pattuquayefio@ug.edu.gh; pattuquayefio@gmail.com

RESUMEN

Desde la restauración del Estado de derecho, Ghana ha intensificado los esfuerzos por promover los derechos humanos. Sin embargo, persisten varios desafíos respecto de la promoción de los derechos de propiedad, en especial en relación con la propiedad de la tierra. Este desafío, surgido de las tensiones entre el Estado moderno y el tradicional, se ve exacerbado por la pluralidad de sistemas jurídicos en vigencia así como también por los desafíos planteados por la rápida urbanización y el elevado índice de desempleo, especialmente en la región del Gran Acra. El sistema de libre mercado que se promueve en Ghana desde el retorno al Estado de derecho trajo aparejado un aumento de la inversión en tierras y una demanda de mayor seguridad respecto de su titularidad. Todo esto condujo a intentos por realizar una reforma del sistema de tenencia de la tierra. La incapacidad del Estado para imponer sus reglas y lograr su cumplimiento ha hecho del mercado de la tierra un campo minado. Como consecuencia, han surgido proveedores de servicios de seguridad privados que emplean medios ilegales para proteger la tierra y la propiedad inmueble. Comúnmente conocidos como guardias de la tierra, estos proveedores de servicios son una pesadilla para los propietarios de tierras en la región del Gran Acra. Con fuentes de datos primarias y secundarias, el presente artículo analiza los motivos de la demanda y oferta de estos servicios de seguridad y las implicancias que tienen para los derechos de propiedad en Ghana. Se concluye que la falta de poder del Estado para hacer cumplir la ley y la corrupción desenfrenada que afecta a las instituciones de administración de la tierra facilitan los conflictos en los mercados de la tierra y alientan el recurso a mecanismos de seguridad individuales. Se sostiene que en tanto tales medidas de seguridad ilícitas logren su propósito, la autoridad y monopolio del Estado sobre el uso de la fuerza seguirá careciendo de toda relevancia en el sector de la tierra.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodríguez

Recibido en noviembre de 2011. Acepto en agosto de 2012.

PALABRAS CLAVE

Subordinación del Estado – Guardias de la tierra – Derechos humanos



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

¿MATAR PARA PROTEGER?

GUARDIAS DE LA TIERRA, SUBORDINACIÓN DEL ESTADO Y DERECHOS HUMANOS EN GHANA

Linda Darkwa y Philip Attuquayefio

1 Introducción

Hay varios indicadores que señalan que Ghana se encuentra en camino hacia el crecimiento y el desarrollo. Se ha sugerido que el país es la economía de más rápido crecimiento del África Sub-sahariana y en 2011 supuestamente alcanzó la categoría de país de ingresos medios. Situado en una subregión en la que muchos de sus vecinos han sido víctimas de violentos conflictos armados, el país es celebrado como un modelo de paz. Sin duda, en comparación con sus vecinos, Ghana merece estos elogios, pero la dinámica que lo caracteriza como país en vías de desarrollo también ha planteado varios desafíos en materia de seguridad. Si bien algunos de los desafíos son relativamente nuevos, la mayoría son de larga data. Varios de los problemas en materia de seguridad que enfrenta el Estado se deben a la incapacidad del Estado moderno para promover una reingeniería del sistema del Estado tradicional que satisfaga las necesidades del actual panorama político, social y económico del país sin dejar de lado las estructuras tradicionales: sobre todo dado que el Estado no tiene la capacidad de imponer efectivamente su autoridad en todo el país.

El retorno de Ghana a un gobierno constitucional en 1992 trajo aparejado un período de optimismo. Por un lado se garantizaron los derechos y las libertades de los ciudadanos mientras que, por el otro, el nuevo orden político alentó la implantación de un régimen económico liberal. Este nuevo orden político y económico facilitó el desarrollo de instituciones fuertes, lo que a su vez alentó la inversión. En el mismo período, Ghana experimentó altos niveles de migración rural-urbana, un marcado aumento de la población urbana, y alta demanda de tierra para el desarrollo tanto residencial como industrial. El aumento de la demanda de tierra hizo repuntar la comercialización de la tierra especialmente en Acra y sus alrededores. El alto valor

Ver las notas del texto a partir de la página 171.

asignado a la tierra tuvo implicancias para la antigua política relacionada con su tenencia, adquisición y transferencia. La oportunidad de ganar dinero con su venta o arrendamiento condujo a conflictos entre familias, comunidades e individuos por cuestiones relacionadas con su titularidad. Estos conflictos se vieron a su vez exacerbados por la intrincada dinámica de la administración de la tierra resultante de las distorsiones del colonialismo y la consiguiente pluralidad de sistemas jurídicos. Las cuestiones relativas a la definición de titularidad y los derechos de los arrendadores ganaron mucha prominencia con la *comoditización* de la tierra luego de la reinstauración del Estado de derecho en 1992. El desafío se vio acrecentado por los inadecuados procesos implementados para la administración de la tierra.

Debemos destacar que los desafíos que enfrenta la industria de la tierra no son un fenómeno necesariamente nuevo. En 1955, Pogucki sugirió que el aumento del valor de la tierra en Acra era resultado del “rápido desarrollo residencial y la congestión en las zonas comerciales e industriales” (POGUCKI, 1955, p. 10-11). Según indica, ya en 1955, la demanda superaba a la oferta, provocando un aumento en los precios de los alimentos debido a la “retracción de las superficies cultivadas como resultado de la extensión de las fronteras de las zonas urbanas” causada por el aumento poblacional. Pogucki trata los temas relativos a la propiedad y a los derechos y obligaciones impuestos por el derecho consuetudinario a los encargados de la administración de la tierra en la gobernanza tradicional, y áreas de conflicto. Su trabajo resulta revelador y permite entender las estructuras tradicionales de administración de la tierra en el período previo a la independencia. Si bien Pogucki se refiere a las dificultades que presenta la definición de propiedad en la administración tradicional de la tierra, se limita a la serie de derechos que un jefe político puede ejercer en nombre de un grupo en representación del cual administra tierra. Así, si bien la disputa acerca del derecho de ejercer ciertas medidas de autoridad contribuye a la inseguridad que enfrentan hoy los propietarios de tierras en Ghana, no se tratan las cuestiones relativas a las ventas múltiples y el delito que enfrentan los administradores de la tierra.

Gough y Yankson (2000) admiten que los desafíos que subyacen a la administración de los mercados de la tierra en los países en desarrollo tienen que ver con la complejidad de las relaciones entre el hombre y la tierra, los diferentes sistemas de tenencia que existen en las diversas sociedades dentro de los Estados, el ejercicio del control estatal de la tierra en el período posterior a la independencia y la pluralidad de sistemas jurídicos que ponen en competencia a las normas del derecho occidental con las leyes consuetudinarias de las sociedades diversas. Si bien estos no son desafíos nuevos, cuestiones contemporáneas como el rápido aumento de la población urbana han llevado a situaciones de hacinamiento en muchas ciudades del mundo en desarrollo.

Amanor (1999) explica que la falta de atractivo de la agricultura para los jóvenes como resultado de su magro rédito y los elevados niveles de desempleo en las comunidades rurales promueve la migración de las zonas rurales a las ciudades, lo que inevitablemente aumenta la población urbana. Argumenta que existe una “interrelación entre la penetración del capital internacional, la reestructuración de la economía, la economía política de formación social y de clases, y las luchas locales por el acceso a los recursos” (AMANOR, 1999, p. 23). Si bien su trabajo se concentra en

los agronegocios, Amanor muestra claramente los efectos que tiene la expropiación de tierras para la producción destinada a los mercados internacionales sobre los habitantes de las comunidades en cuestión.

Haciendo foco en la administración de la tierra en Acra, Gough y Yankson sugieren que las condiciones de hacinamiento en Acra han producido aumentos en los costos de los alquileres en la ciudad y la conversión de tierras agrícolas en tierras de uso residencial y comercial. Según señalan, las zonas periurbanas que tenían sólo asentamientos indígenas y eran utilizadas para la agricultura de subsistencia han sido convertidas en zonas residenciales (GOUGH; YANKSON, 2000, p. 2.489). Esto ha provocado un aumento en el precio de la tierra y ha contribuido a generar una percepción de enajenación y desigualdad entre los habitantes indígenas pobres y, especialmente, entre los jóvenes.

Esta percepción a menudo enfrenta a los jóvenes de algunas comunidades con sus jefes tradicionales a quienes acusan de vender tierras comunitarias para beneficio personal. No obstante, Gough y Yankson explican que si bien algunos jefes pueden ejercer un poder político y administrativo sobre una parcela de tierra y su población, pueden no ser los propietarios *alodiales*, lo que significa que no tienen el poder de vender las tierras. En consecuencia, si bien las tierras pueden venderse, el grueso de la renta proveniente de tales ventas puede no llegar a la comunidad que habita dichas tierras. Su trabajo revela que algunos de los diferendos surgidos entre los jóvenes y algunos de sus jefes tradicionales por la percepción de enajenación de la tierra, falta de transparencia, corrupción e inequidad, pueden en realidad derivar de la falta de conocimiento de los jóvenes de la real titularidad de esas tierras.

En su trabajo *Customary Land Law in the Ghanaian Courts*, Woodman (1996) hace una exposición de las normas del derecho consuetudinario sobre modos de creación y transferencia de la tierra y las personas que pueden participar de la propiedad de la tierra. Su trabajo ofrece definiciones de diversos conceptos y entidades relativos a la administración de la tierra. También presenta los alcances de la autoridad otorgada por varios grupos en el sistema tradicional (comunidades, familias, clanes, etc.) a las personas encargadas de la administración de tierras que no sean de su propiedad personal. Sugiere que las personas a quienes se encomienda la administración de las tierras en nombre de un colectivo no pueden tomar decisiones unilaterales respecto de la apropiación de la tierra sin consultar a los principales miembros del grupo. Woodman aborda el conflicto entre algunas normas del derecho consuetudinario y las disposiciones del sistema del Estado moderno. Su trabajo revela la claridad con la que se presentan en el plano jurídico las normas para la administración de la tierra en Ghana y las tensiones que surgen en su aplicación fáctica.

A pesar de los incontables trabajos que tratan el tema de la administración de la tierra en Ghana, no encontramos ninguno que abordara el fenómeno de la “custodia privada de la tierra” (*landguardism*) y sus efectos sobre la seguridad en Ghana. Si bien ha habido intentos de reformar la administración de la tierra en Ghana, en Acra se ha producido un auge de la “custodia privada de la tierra”, fenómeno que consiste en emplear a grupos constituidos principalmente por jóvenes que hacen uso ilegítimo de la fuerza para proteger la tierra y la propiedad inmueble a cambio de una remuneración en efectivo o en especie. Esto posiblemente se deba al desafío

que implican las múltiples ventas de una misma parcela de tierra, el largo tiempo que lleva la resolución de los conflictos por la tierra en la justicia, la falta de fe en la policía y la justicia como consecuencia de la percepción de corrupción y parcialidad, y la debilidad en la aplicación de las leyes que facilita las actividades de las pandillas en la industria de la tierra (DARKWA, 2012). Aunque los guardias de la tierra procuran presentarse como agentes de seguridad privados, operan fuera del marco establecido para la provisión de servicios de seguridad privados y hacen uso de la violencia y/o la amenaza de la violencia en la provisión de seguridad para la tierra y la propiedad inmueble. Sus actividades son ilegales y contravienen las leyes vigentes para la provisión de servicios de seguridad privados.¹ El uso de guardias de la tierra para la resolución de los conflictos relativos a la tierra afecta el ejercicio del derecho de propiedad ya que quienes carecen de los recursos necesarios para contratar guardias suelen perder sus tierras frente a quienes sí tienen la capacidad de pagar por tales servicios.

2 Metodología

Mediante entrevistas con tres guardias de tierras,² un debate en Grupo Focal con cinco guardias de tierras,³ un oficial de policía retirado,⁴ un oficial de policía en funciones,⁵ un constructor que contrata los servicios de guardias de tierras,⁶ y el análisis del contenido de artículos de diarios, el presente trabajo procura explorar la naturaleza de las actividades de los guardias de la tierra y demostrar el efecto negativo que tienen sobre el ejercicio de los derechos de propiedad. Se aborda lo que se percibe como connivencia entre el aparato de seguridad del Estado y elementos delictivos de la industria de la tierra. Por último, se explica la resiliencia de los guardias de la tierra a través de la teoría de la elección racional y se concluye que hasta que el Estado ghanés pueda reformar al sector de la tierra en forma efectiva y lograr el acatamiento de sus leyes así como también resolver el problema del desempleo, las actividades de los guardias de la tierra van a continuar. Se entrevistaron ocho guardias de la tierra por las dificultades para lograr que hablen de sus actividades, que son ilícitas. Sin embargo, las respuestas obtenidas pueden generalizarse y aplicarse a todo el fenómeno de la región del Gran Acra ya que las entrevistas llegaron a un punto de saturación de datos y no se descubría nada nuevo.

3 Los guardias de la tierra como grupos delictivos organizados: el contexto de la problemática

Los guardias de la tierra existen principalmente para satisfacer una demanda de servicios de protección de la propiedad territorial. Como se señaló antes, el fenómeno surgió con el retorno del gobierno constitucional en Ghana en 1992, período en el que se produjo la liberalización de los mercados y aumentaron las oportunidades de crecimiento económico y acceso al crédito.⁷ Todo esto hizo que aumentaran las compras de propiedades ya que los inversores se encontraban en búsqueda de oportunidades de inversión en bienes raíces y ésta era también una inversión que los ciudadanos comunes consideraban relativamente segura. Este creciente interés en la adquisición de tierras provocó un aumento de su valor, en especial en Acra, la capital

de Ghana. Sin embargo, es importante destacar que estos procesos se producían en un entorno de transición de una dictadura militar a una democracia, por lo cual varias de las instituciones, procesos y normas necesarios para mediar en los desafíos que surgían a partir de las disputas por la tierra eran inefficientes, inadecuados o directamente no existían.

Para darle al fenómeno de los guardias de la tierra una perspectiva adecuada, es indispensable ofrecer un panorama general de las cuestiones relativas a la propiedad y adquisición de la tierra en Ghana, donde aproximadamente el 80% del total de la superficie pertenece a taburetes/pieles,⁸ individuos, familias y clanes. En gran medida, “la tierras privadas en la mayor parte del país son de propiedad comunal y la comunidad o grupo las entrega en custodia a un taburete o piel como símbolo de la autoridad tradicional, o a una familia” (GHANA. Ministry of Lands and Forestry, 1999, p. 2).⁹ Sin embargo, la *comoditización* de la tierra ha alterado los valores tradicionales asociados a ella como un bien en custodia en representación de comunidades y generaciones por venir. En muchos casos, el aumento del valor económico de la tierra ha conducido a luchas por la propiedad y el control de la misma, lo cual pone en evidencia y probablemente amplifica un problema inherente al sistema consuetudinario de tenencia de la tierra: la ambigüedad de los límites (KOM, 2003). El problema surge del hecho de que más allá de establecer las líneas divisorias con árboles, ríos y otros elementos naturales o contruidos por el hombre, había muy poca documentación confiable. En consecuencia, a menudo se exacerbaban los conflictos por dichos límites. El problema con la demarcación poco clara de los límites de las tierras no se limita a las comunidades sino que también afecta a tierras de familias y clanes. Es así que existen desafíos relativos al establecimiento de la propiedad y control de la tierra entre comunidades y también entre clanes y familias dentro de las mismas comunidades.

El desafío de la propiedad y el control de la tierra trae aparejada otra dificultad relacionada con quién, dentro del contexto de una familia o comunidad, tiene el *locus standi* para vender la tierra. Esto se refleja en la máxima del latín *Nemo dat quod non habet* (nadie da lo que no tiene). El desafío consiste en poder establecer quién realmente tiene la titularidad sobre una parcela de tierra, algo que muchos miembros no indígenas de una comunidad no podrían verificar fácilmente. Por esta imposibilidad de verificar fácilmente la titularidad, ha habido casos de múltiples ventas de una misma parcela de tierra por parte de distintos vendedores que dicen ser sus propietarios. Así, para evitar que otros vendan lo que dicen ser sus tierras, una persona puede recurrir a la justicia o al uso de la fuerza. En algunos casos, aún cuando ya hay una causa en la justicia, las familias hacen uso de la fuerza para evitar que alguna de las partes se apropie de las tierras en disputa. (KOM, 2003, p. 16).

Asimismo, la falta de información fácilmente accesible y verificable sobre quién dentro de una familia/clan o área tradicional (comunidad) tiene el derecho de vender tierras complica aún más el problema de las ventas múltiples. Las autoridades tradicionales cuentan con estructuras a las que se asignan funciones específicas para una administración fluida de las comunidades. Por lo general, hay familias, titulares o individuos designados en virtud del derecho consuetudinario para supervisar todos los bienes de la comunidad. Ellos pueden, previa consulta

con el jefe y los ancianos, entregar tierras a los miembros de la comunidad y asignar tierras a posibles compradores en representación de la comunidad. Sin embargo, no siempre queda claro quién tiene derecho a vender tierras comunitarias. Así, algunos jefes han sido acusados de actuar por fuera de su mandato.¹⁰ Quizás lo peor es el hecho de que, contrariamente a lo establecido en las constituciones de sus comunidades, se enriquecen con el producido de las ventas sin que éstas reporten ningún beneficio a sus comunidades.

Dados los desafíos descriptos, muchos compradores son víctimas de ventas múltiples y tienen que recurrir a la justicia en busca de resarcimiento.¹¹ Sin embargo, los largos y costosos procesos de la justicia en general, y de los litigios por la tierra en particular, suelen disuadir a las personas de recurrir a los procesos judiciales formales. Aún en casos en los que se ha recurrido a la justicia formal, sigue siendo imperativo prevenirse contra las impugnaciones y evitar que otros hagan uso de las tierras, lo cual requiere una vigilancia física.

Como consecuencia del contexto descripto, la propiedad, transferencia, venta y adquisición de la tierra en Ghana está plagada de desafíos que hacen necesaria la vigilancia y la protección física para evitar la usurpación de las propiedades. Sin embargo, la policía de Ghana no brinda servicios de vigilancia para la propiedad privada. En general, la fuerza policial interviene físicamente sólo cuando ha habido denuncias de ingreso ilegal a una propiedad, vandalismo, ocupación ilegal, o cuando se han producido enfrentamientos entre facciones opuestas (DARKWA, 2010). También se observa que los proveedores de servicios de seguridad privados por lo general no brindan servicios de protección de la tierra, lo que probablemente se deba al alto riesgo que implica esta actividad. En consecuencia, las partes de una operación comercial por tierras en disputa tienen que garantizar la seguridad de la tierra por sus propios medios, lo cual lleva al caos y a la anarquía ya que se han demolido y contrademolido estructuras para establecer la titularidad. El surgimiento de los guardias de la tierra fue entonces una respuesta a la necesidad de contar con una protección física para la propiedad privada. Si bien es ilegal el uso que hacen de la fuerza excesiva llegando incluso a matar con armas pequeñas ilegales, sus servicios son muy buscados ya que se consideran la única opción viable para proteger la tierra. (DARKWA, 2010).

A medida que el país fue profundizando sus procesos democráticos, se ha ido intentando desarrollar y fortalecer las instituciones. Es así que se hicieron reformas en la industria de la tierra para lograr una mejor administración y gestión así como también ofrecer garantías a los compradores de propiedades.¹² La sistematización de la extensión de los títulos de propiedad de la tierra y su digitalización ha hecho posible la disminución del tiempo para la verificación de la titularidad antes de una operación de compra.¹³ La pregunta que queda sin responder es por qué persiste el fenómeno de los guardias de la tierra aún después de la reforma en el sector. De hecho, en lugar de volverse obsoletos, según información de domino público, los guardias de la tierra se han vuelto más descarados y despiadados. La respuesta a esta pregunta tiene tres partes. En primer lugar, los incentivos para desempeñarse como guardia de la tierra son lo suficientemente atractivos como para continuar ofreciendo el servicio a pesar de los riesgos inherentes.¹⁴ Segundo, a pesar de las reformas hechas al sector de la tierra, persisten problemas tales como las ventas múltiples y la apropiación forzada, lo cual

sigue generando una fuerte demanda de los servicios de los guardias. En tercer lugar, los múltiples roles que desempeñan los guardias (por su reputación de despiadados) los mantienen en actividad ya que se los emplea con distintas funciones, como guardias de seguridad personal para políticos y, en casos extremos, asesinos a sueldo.¹⁵ Así, a pesar de su evidente ilegalidad, los guardias de la tierra siguen en actividad porque (a) hay demanda de sus servicios (b) dados los recursos y las oportunidades que tendrían en el mercado legal, el rédito que prevén obtener de los actos ilegales superan por mucho a los que podrían obtener en el mercado legal, y (c) existe la percepción de que el riesgo de ser detenido, arrestado y castigado es mínimo.¹⁶

4 Delineando el perfil de los guardias de la tierra

Con el propósito de apreciar las características de los entrevistados para el estudio, es preciso señalar que existen diferentes categorías de guardias de la tierra. A pesar de que todos desempeñan la misma función básica de proteger la tierra y las propiedades inmuebles, las motivaciones que los impulsan no son siempre las mismas. Como se mencionara anteriormente, la vasta mayoría de las tierras pertenecen a taburetes, pieles y/o familias. Estas tierras se mantienen en fideicomiso para toda la comunidad y para las futuras generaciones. Por ello, a menudo emerge una responsabilidad colectiva compartida de proteger el acervo comunal. Cualquier tipo de percepción de explotación a través de la venta de las tierras comunales tenderá, entonces, a engendrar hostilidad. Ante esta situación, los jóvenes de una comunidad determinada pueden movilizarse para evitar o, al menos, frustrar, la venta o el desarrollo de algunas tierras. El blanco de sus reclamos son, en general, las autoridades tradicionales que pueden vender las tierras de la discordia. Estos guardias de la tierra se forman esporádicamente para resolver un problema concreto y suelen durar lo que dura el periodo de discordia. No reciben ninguna otra gratificación que no sea la de haber evitado la venta de su tierra comunal. Denominamos a esta categoría de guardias de la tierra “guardias comunitarios”.

La segunda categoría de guardias de la tierra puede muy bien denominarse “guardias aficionados de la tierra”. Son grupos de jóvenes dentro de las comunidades que se unen para aprovecharse de los terratenientes y de los desarrolladores. Una vez que se adquiere la tierra, ellos imponen un gravamen conocido como “tasa de excavación” anterior al desarrollo. Rehúsar pagar la “tasa de excavación” puede derivar en violentos choques entre los trabajadores y estos grupos y, en algunos casos, en la vandalización de las estructuras. El término “extorsionista” es el que mejor describe a este grupo, a pesar de que a menudo argumentan que, como miembros de la comunidad, mantienen alejados a los usurpadores de la tierra dando así una cierta apariencia de protección. A pesar de que estas personas operan, en general, dentro de sus propias comunidades, algunas también pueden unirse a guardias de la tierra en otros sitios.

La tercera categoría de guardias de la tierra comprende a aquellos que trabajan con las autoridades tradicionales dentro de las comunidades y que se han refugiado en las instituciones *Asafo* tradicionales.¹⁷ Es común que acompañen a los delegados de las autoridades tradicionales a demarcar tierras; y también exigen el pago de las

“tasas de excavación”. Dos de los guardias de la tierra entrevistados se incluyeron en esta categoría. Curiosamente, ninguno de los dos pertenece a las familias para las que dicen trabajar. Es por ende evidente, como se indicara en párrafos anteriores, que no podrían ser miembros del grupo *Asafo* y que sólo esgrimen ese argumento como herramienta de legitimización.

La última categoría de guardias de la tierra comprende a jóvenes que trabajan en estructuras jerárquicas identificables y que brindan servicios de protección al mejor postor. Pueden ser contratados para una amplia variedad de trabajos incluyendo la provisión de servicios de protección de la tierra y propiedades inmuebles, protección para personajes importantes, así como también servicios de eliminación de adversarios y amenazas. Tienen fama de ser despiadados y, en general, la gente les teme. No siempre pertenecen a una comunidad y trabajan en diferentes áreas dentro del país.¹⁸ A pesar de que existen diversas categorías, estos grupos tienen composiciones muy fluidas. Esto significa que una persona puede pertenecer a todas las diferentes categorías.

La mayoría de los guardias de la tierra realizan múltiples funciones y se apoyan en sus “redes” para desempeñarse en sus diferentes roles. Para maximizar el tiempo y los ingresos, los guardias de la tierra puedan hacer turnos o rotar. Por ejemplo, si cinco guardias de la tierra son reclutados por cinco propietarios diferentes de tierras/ propiedades inmuebles para brindar protección en un lugar en particular, los guardias acuerdan entre ellos un sistema de turnos que les permita rotar. Esto significa que todas las tierras estarán custodiadas por uno o dos a la vez. Este arreglo les permite tener tiempo libre para asumir otros compromisos.

Los guardias de la tierra de la primera categoría (guardias comunitarios) no suelen exigir dinero de los potenciales compradores. Se consideran a sí mismos “defensores de su acervo” y expresan su descontento con las autoridades tradicionales en funciones. En cambio, los que pertenecen a la segunda categoría exigen dinero porque creen que, como miembros de la comunidad, tienen el derecho de hacerlo. A veces, tras la extorsión, pueden ofrecer servicios de protección cuyos términos y condiciones deberán negociarse por separado. Los miembros de la tercera categoría se denominan a sí mismos los “guerreros de la tierra” - *Asafo*. Se presentan como la unidad legítima de protección de la autoridad tradicional, y el dinero que reciben se considera una gratificación a cambio de la protección contra potenciales usurpadores. Ellos, al igual que los de la segunda categoría, pueden negociar contratos por separado para brindar servicios de “vigilancia”. La última categoría de guardias de la tierra brinda servicios a clientes en conflicto con otros clientes, a clientes en conflicto con comunidades, a familias en conflicto por la titularidad, y a las autoridades tradicionales en conflicto con otras por límites, demarcaciones y control.

La mayoría de los guardias de la tierra viven en comunidades de bajos ingresos como Nima, Ashiaman, Adjiringano, Amasaman Zongo y Tudú, por mencionar algunas.¹⁹ De acuerdo con los entrevistados, la mayoría de los guardias de la tierra están comprendidos en el grupo etario de 17 a 40 años a pesar de que suele haber mayores de esa edad que hacen las veces de movilizadores, coordinadores y comandantes. La mayoría no cuenta con las competencias requeridas para conseguir un empleo, aunque un buen número ha terminado la escuela secundaria básica (el

equivalente de la Junior High School).²⁰ A pesar de que pueden pertenecer a diferentes organizaciones, trabajan continuamente en red, haciendo uso de la tecnología de la comunicación -como teléfonos móviles- para dirigir su organización. Operan bajo seudónimos, mantienen su verdadera identidad en secreto y suelen negociar a través de un intermediario confiable. Evitan el contacto cara a cara con sus clientes hasta tanto estén seguros de la autenticidad de su pedido. Además de aprovechar una plataforma de red más amplia, recurren a la tecnología de la comunicación moderna para evitar ser aprehendidos. Independientemente de sus motivaciones, todos los guardias de la tierra comparten ciertas características. En su mayoría son jóvenes, están desempleados y no cuentan con las competencias requeridas para integrarse al mercado laboral legítimo o, de tenerlas, éstas son muy rudimentarias.

5 Los guardias de la tierra y las violaciones de los derechos humanos: Algunos estudios de caso

Los periódicos están repletos de artículos relacionados con varias actividades de los guardias de la tierra que han causado perjuicios, pérdida de inversiones y, en algunos casos, muertes. Aquí se presentan algunos casos como evidencia del impacto negativo de las actividades de los guardias de la tierra sobre los derechos económicos y sociales así como también sobre el derecho a la vida. En noviembre de 1998, Richard Owusu Sekyere, conocido popularmente como Kweku Ninja, un oficial de la Academia y Escuela de Entrenamiento de la Policía, y Jerry Wornoo, alias Taller, de la Unidad de Fuerza de Combate del Servicio Policial de Ghana, fueron asesinados por guardias de la tierra cuando los dos trataron, supuestamente, de erigir pilares (que fijan los límites e indican titularidad) en terrenos que habían adquirido en Ablekuma, un suburbio de Acra (AWORTWI-MENSAH, 2001).

En diciembre de 2005, se hizo público que Godfrey Cobbinah, un alto funcionario del Servicio de Administración Tributaria (IRS, por su sigla en inglés), había sido asesinado por guardias de la tierra en Achiaman, en las proximidades de Amasaman. Como Presidente del Comité de Bienestar de la IRS, Cobbinah se encontraba inspeccionando la tierra adquirida por algunos miembros de la IRS cuando fue asesinado (LAND guards kill..., 2005). El 24 de setiembre de 2010, se informó que residentes de Oyibi, un suburbio en desarrollo de Acra, habían sufrido brutales ataques y amenazas de desalojo por parte de guardias de la tierra (LAND guards brutalise, 2010). El 1º de agosto de 2011, el Daily Graphic informó que guardias de la tierra habían aterrorizado a un empresario en su casa. Se supone que este ataque estaría relacionado con la lucha que sostenía la compañía del empresario contra usurpadores de tierras que la compañía había adquirido para desarrollo agrícola comercial (AZU, 2011).

Los ejemplos descriptos en los párrafos anteriores constituyen una muestra de las historias disponibles de fuentes públicas. Sin embargo, ha de señalarse que son muchas más las que no se denuncian o que se informan erróneamente.²¹ A pesar de que las historias son preocupantes, la manera en la que se perpetran estas atrocidades es tanto más alarmante. En todos los casos mencionados anteriormente, los delitos se cometen a ojos vistas, lo que demuestra la intrepidez de los autores. Los guardias de la tierra amenazan, mutilan y matan a sus víctimas además de demoler propiedades y

evitar que trabaje la mano de obra contratada. Estas actividades socavan la inversión y el desarrollo y son, sin duda, una afrenta al derecho a la vida y a vivir libres del temor, así como también una violación de los derechos económicos y sociales de las víctimas.

6 Los guardias de la tierra como grupos delictivos organizados: la conexión

Los guardias de la tierra son más que bandas delictivas comunes y corrientes. Más bien, son parte de grupos delictivos organizados. Es imperativo clasificarlos apropiadamente para comprender su aparente resiliencia y así diseñar mecanismos apropiados para abordar los desafíos que plantean a la seguridad de las personas y del estado. No hay consenso respecto de la definición del crimen organizado (ALBANESE, 2000; p. 410; HAGAN, 1983, p. 52). Sin embargo, Albini ofrece una definición útil para establecer el nexo entre los guardias de la tierra y el crimen organizado. Define al crimen organizado genéricamente como “toda actividad delictiva que involucre dos o más individuos, especializada o no especializada, que integre alguna forma de estructura social, con alguna forma de liderazgo, que utilice ciertas modalidades operativas, en la cual el objeto último de la organización se encuentre en la empresa del grupo particular” (ALBINI, 1971, p. 37). Esta definición concibe al crimen organizado en una escala con grados relativos de organización, especialización y estructura. En *Organized Crime Continuum Model*, Frank Hagan sugiere que para que se pueda calificar a una organización delictiva como organizada, ésta debe ser altamente organizada, tener una estructura jerárquica, un número limitado de miembros, y un código de confidencialidad acordado. Además debe usar la violencia y/o amenaza de violencia, comercializar bienes ilícitos de demanda pública y tener un fin de lucro. Finalmente, el grupo debe gozar de inmunidad ante la ley y puede ser corrupto (HAGAN, 1983, p. 54).

El perfil de los guardias de la tierra obtenido durante las entrevistas confirma que existen diferentes grados de organización y estructura. Se destaca que la mayoría de los guardias de la tierra (i) son parte de grupos con una estructura preexistente,²² (ii) tienen líderes identificables, que utilizan la violencia y la amenaza de violencia para lograr sus objetivos y (iii) están motivados principalmente por la remuneración esperada (en efectivo o en tierras). Algunos de estos grupos son respaldados por personas influyentes en sus comunidades y/o a nivel nacional. Estas organizaciones suelen tener una gran movilidad, ya que los miembros pueden entrar y salir libremente. Sin embargo, hay un equipo central permanente alrededor del cual gravitan los demás miembros. La composición de este equipo es restringida y sus miembros tienden a ocupar las posiciones más encumbradas. (ATTUQUAYEFIO, 2009).

7 La respuesta del Estado ghanés a la amenaza de los guardias de la tierra

A pesar de los esfuerzos realizados frente al desafío de los guardias de la tierra, no se ha desarrollado ninguna estrategia holística para abordar el lado de la oferta y la demanda de las actividades de los guardias de la tierra. No hay una única respuesta

integral a la amenaza de los guardias de la tierra en Ghana. Sin embargo, existen diversas disposiciones legales contenidas en varios instrumentos que prohíben una o más de las actividades desarrolladas por ellos. El derecho a proteger la propiedad privada incluyendo la tierra está garantizado, y el Artículo 39 de la Ley del Código Penal (enmendada) de 2003 (Ley 646) recepta las situaciones en la cuales se puede utilizar la fuerza para proteger dicha propiedad. También estipula el nivel de fuerza que puede utilizarse. Dispone, entre otras cosas, que:

- (a) una persona que tenga la posesión efectiva de una vivienda, tierra, embarcación, mercaderías, o su subalterno o cualquier otra persona autorizada por ella, puede utilizar la fuerza que sea razonablemente necesaria para repeler a la persona que intente por la fuerza e ilegalmente ingresar a esa vivienda, tierra o embarcación, o apropiarse de esas mercaderías;
- (b) una persona que tenga la posesión efectiva de una vivienda, tierra, o embarcación, o su subalterno o cualquier otra persona autorizada por ella, puede utilizar la fuerza que sea razonablemente necesaria para desalojar a cualquier persona que, estando en su casa, tierra o embarcación, y habiéndosele requerido legítimamente que se retire de la misma, se negare a hacerlo;

Si bien se puede emplear la fuerza, ésta se limita a lo que es razonable. Esto significa que los propietarios de tierra y sus cuidadores o proveedores de seguridad no tienen derecho a utilizar fuerza ilimitada para evitar que otros se apoderen de su propiedad. En efecto, el uso de fuerza excesiva que, a veces, ocasiona pérdidas excesivas, daños o muertes, contraviene la legislación. En segundo lugar, a pesar de que se permite el uso de la fuerza, ello debe realizarse dentro del marco de la ley. Esto significa que las herramientas empleadas en el ejercicio de la fuerza deben ser legales. Es decir, si es necesario recurrir al uso de armas de fuego, la posesión y portación de las mismas debe ser dentro de los límites establecidos por las normas legales. Por lo tanto, es contrario a derecho utilizar armas ilegales para garantizar la seguridad de la tierra.

A pesar de la limitación impuesta al uso de la fuerza en la protección de la propiedad, los guardias de la tierra continuaron utilizando armas ilegales en la comisión de violentas atrocidades en el nombre de la protección. El caos continuo ocasionado por los guardias de la tierra hizo que el Ministerio del Interior proscribiera explícitamente su accionar en 2004 (LAND guards banned..., 2004). A pesar de la proscripción, los guardias de la tierra continuaron realizando las actividades, lo que condujo a que la policía impusiera una segunda proscripción tres años después, en 2007 (LAND guards banned, 2007). Posteriormente, en varias oportunidades, los políticos ordenaron a la policía resolver efectivamente el problema de los guardias de la tierra. Además de todo lo anterior, el Estado ha procurado atacar la fuente de la demanda de los servicios de los guardias de la tierra —las disputas por la tierra— reformando los procesos de verificación de la propiedad de la tierra, obtención de los contratos y de los títulos de propiedad. No obstante lo anterior, se deben realizar esfuerzos para minimizar los beneficios de la industria de los guardias de la tierra y, así, restarle atractivo ante los ojos de los jóvenes.

8 La resiliencia de los guardias de la tierra explicada a través de la teoría de la elección racional

No obstante todos los esfuerzos mencionados anteriormente, el desafío que plantea la existencia de los guardias de la tierra continua vigente. Por ende, es necesario encontrar la lógica de la resiliencia continua de los guardias para así poder brindar respuestas apropiadas. Usando ideas derivadas del análisis del delito y la desviación del delito como modelo de trabajo y de la teoría de la elección racional, podemos ofrecer una explicación de la resiliencia de los guardias de la tierra en Ghana.

Como telón de fondo de nuestro análisis se encuentra el individualismo metodológico de la Teoría de la Elección Racional (TER) que explica los fenómenos sociales desde la perspectiva de los procesos individuales de la toma de decisiones. Dichos procesos suelen caracterizarse como eventos sociales interactivos a través de los cuales los individuos actúan racionalmente en un intento de lograr un equilibrio beneficioso entre las recompensas y los costos. El proceso, por lo tanto, implica un intercambio social de algún tipo, que comprende costos y beneficios para las partes involucradas. Estos costos o beneficios pueden ser económicos o extraeconómicos. Homans (1961), por ejemplo, señala que de la misma manera que todo acto económico implica un intercambio de bienes y servicios, la interacción social comprende el intercambio de aprobación y ciertas otras conductas valoradas”. En “Participation in illegitimate activities: a theoretical and empirical investigation”, Isaac Ehrlich también sugiere que la violación de la ley se produce como resultado de la percepción de los incentivos de hacerlo ya que:

Toda violación de la ley puede concebirse como generadora de un potencial aumento de la riqueza pecuniaria del transgresor, de su bienestar psíquico o de ambos. Al violar la ley, también se corre el riesgo de la reducción de la riqueza o del bienestar, dado que la condena supone el pago de una penalidad (una multa monetaria, libertad vigilada, el lucro cesante durante el tiempo de prisión efectiva, las desventajas psíquicas relacionadas, descontados todos los beneficios directos recibidos), un prontuario (lo que reduce las oportunidades de generar ingresos en actividades legítimas), y otras desventajas.

(EHRlich, 1973, p. 523).

Desde la visión de la elección racional, una de las motivaciones detrás de las actividades de los guardias de la tierra es económica. Los tres guardias de la tierra entrevistados estaban convencidos de que obtenían más rédito de sus actividades como guardias de la tierra que de sus oficios. Yao que ha trabajado en una compañía de seguridad privada es albañil y boxeador aficionado; Mohammed A es chofer y Mohamed B, campesino de subsistencia. Los tres se convirtieron en guardias de la tierra porque esto les ofrecía mejores retribuciones. Para decirlo de otra manera, aquellos que delinquen consideran que se trata de un trabajo que suele reeditar más que las actividades que puedan desempeñar en el mercado competitivo legítimo (WILLIAMS; SICKLES, 2002, p. 479). Los tres trabajan como guardias de la tierra tiempo completo y pertenecen a diferentes redes que les permiten organizarse en turnos, por lo que pueden asumir más de un encargo por vez y, al hacerlo, maximizar sus oportunidades de ganar más

dinero. Al menos tres de los guardias de la tierra entrevistados manifestaron tener motivaciones económicas. En un caso en particular, como miembro de la casa real, el entrevistado había presenciado algún tipo de apropiación ilícita por parte de los ancianos del taburete de su linaje. Por lo tanto, en su opinión, la manera de asegurarse de obtener lo que le pertenece por derecho propio es acercándose a los compradores de los terrenos directamente.

Más allá de las motivaciones económicas que puedan tener los guardias de la tierra, el trabajo de campo reveló otra motivación relacionada con un intercambio social que enfatizan los teóricos de la elección racional. Este es el elemento de aprobación. Al narrar las condiciones de dichos encargos extraeconómicos, los guardias de la tierra señalaron que había legítimos propietarios de tierras a quienes individuos más ricos y/o con mejores contactos políticos despojaban de su propiedad. Sugirieron que en situaciones de esta índole, simplemente intervienen para enmendar los males sociales. Remarcan que si bien no se rechaza ninguna oferta de dinero, el rédito de dichos encargos está más relacionado con la aprobación que se obtiene por luchar por los desfavorecidos. Puede establecerse un paralelo con la analogía de Scott (2000) que dice que “robar un auto puede ser gratificante por el placer derivado del paseo en ese auto robado y por el reconocimiento conferido por otros ladrones de autos”.

En su versión más simple, la teoría de la elección racional caracteriza a los individuos como “actores racionales que eligen las acciones diseñadas para maximizar sus propios intereses individuales – la satisfacción de sus necesidades y deseos”. Por lo tanto, los individuos emprenden actividades que prometen recompensas que superan el costo de las mismas (INTERNATIONAL encyclopaedia of the social sciences, 2nd ed., p. 74). Se espera que un actor racional tome la decisión basada en el análisis de toda la información que tenga disponible al momento de actuar. En efecto, “una persona comete un delito si la utilidad que espera derivar del mismo excede la utilidad que podría obtener usando su tiempo y demás recursos en otras actividades” (BECKER, 1968, p. 176). Por ende, la utilidad esperada debe calcularse como el beneficio esperado menos los costos posibles (donde el costo incluye elementos financieros como las multas y elementos no financieros como arrestos y encarcelación). Esto significa que el actor racional desistiría del delito si el costo percibido de la ilegalidad superara el beneficio esperado. A la inversa, significa que el actor racional delinquiría si los beneficios esperados superaran los costos en los que se incurriría. No ha de sorprender, entonces, que a pesar de que en la era anterior a 1992 estaban presentes los desafíos descriptos, el desafío de los guardias de la tierra casi no existía. Puede suponerse que esto se debía a la existencia del gobierno militar.

Se deriva de lo anterior que los guardias de la tierra tomaron la decisión razonada de convertirse en guardias de la tierra porque creyeron que los beneficiaría. En otras palabras, habiendo sopesado sus propias habilidades y recursos individuales y las oportunidades disponibles en los mercados lícitos e ilícitos, se convencieron de las ventajas que le ofrecía el mercado ilícito de los guardias de la tierra. Mientras que la explicación precedente arroja algo de luz sobre las razones que pueden impulsar a estos individuos a convertirse en guardias de la tierra, no logra explicar cabalmente la resiliencia que han demostrado tener frente a las consecuencias potenciales de su accionar.

La principal razón de la resiliencia de los guardias de la tierra en Ghana puede atribuirse a las débiles capacidades de aplicación de la ley, la corrupción y la

interferencia en los procesos de aplicación de la ley. La resiliencia de los guardias de la tierra puede explicarse mediante la teoría de la elección racional. Los guardias de la tierra son actores racionales. En primer lugar, en vista de los desafíos que todavía presenta la administración de la tierra en Ghana, la provisión de servicios de seguridad ilegales ofrece una salida laboral. Segundo, los guardias no necesitan tener destrezas especializadas para realizar sus operaciones y, por lo tanto, no es necesario que inviertan en educación ni capacitación. En tercer lugar, la aplicación de la ley en lo que respecta a los guardias de la tierra es débil. Por lo cual, a los guardias no los amedrenta la posibilidad de ser arrestados ni detenidos. Yao y Mohammed A señalaron que ambos habían sido arrestados varias veces pero nunca se les instruyeron cargos ante un tribunal porque intervinieron sus “empleadores”. De igual modo, Mohammed B -que fue entrevistado en una celda policial- se manifestó optimista de que su “patrón” podría “matar la causa”. Se ve que la amenaza percibida de castigo es casi insignificante dado que las experiencias anteriores les demuestran que sus delitos pasan desapercibidos la mayoría de las veces; y que cuando son descubiertos, el castigo empalidece en comparación con el delito supuestamente cometido.²³

Una interrelación de diferentes factores es lo que sustenta la actividad de los guardias de la tierra. Esto incluye la demanda de servicios, la posibilidad de percibir una remuneración, y débiles estructuras de aplicación de la ley que imposibilitan la determinación del delito, el arresto, y el castigo de los autores.

A fin de evitar la detección y la represión, los guardias de la tierra han intentado camuflarse dentro de estructuras de seguridad lícitas del Estado aprovechando vacíos legales entre el Estado tradicional y el moderno, así como también debilidades en la coordinación dentro del sector encargado de la aplicación de la ley. Desde la imposición de las prescripciones y los esfuerzos mucho más agresivos realizados por la policía de Ghana para lidiar con esta situación, los guardias de la tierra han tratado de que sus servicios se integren a ofertas servicios de seguridad legítimos para evitar ser arrestados. Han recurrido a tres formas principales de presentarse como proveedores legítimos de seguridad para llenar la laguna existente en la provisión de servicios de seguridad para la propiedad privada.

En la actualidad, algunos guardias de la tierra se presentan como miembros de los grupos tradicionales *Asafo*²⁴ y, como tales, defensores legítimos de sus comunidades y de las propiedades de sus comunidades. Esta referencia a los grupos *Asafo* proporciona una interesante dinámica al discurso ya que se procura evocar estructuras del Estado tradicional para legitimar actividades que son antitéticas al Estado ghanés moderno. Las compañías *Asafo* del Estado tradicional se conformaron con miembros de familias específicas dentro de la comunidad, con reglas definidas de composición y normas claras que guiaran el reclutamiento, despliegue y la prosecución de la guerra. Sin embargo, este esquema se ha corrompido con personas cooptadas desde fuera de las familias tradicionales *Asafo* (no siempre por los autorizados y designados tradicionalmente para reclutar) e integradas a los llamados grupos *Asafo* modernos utilizados para proteger la tierra. Por lo tanto, se produce un aprovechamiento de las estructuras tradicionales de seguridad para evitar el arresto.

Otro grupo de guardias de la tierra se presenta como miembros de comités de vigilancia. Debido a la escasez de personal policial así como también a la limitación de

los recursos logísticos, algunos miembros de la comunidad se unen para brindar servicios de vigilancia comunitaria. Sin embargo, los miembros de los comités de vigilancia deben contar con el permiso del Departamento de Investigaciones Penales (DIP) para poder prestar servicios de vigilancia comunitaria. En un país con muy poca información sobre los ciudadanos,²⁵ es difícil verificar antecedentes desde un lugar centralizado. Dada esta dificultad, es imperativo que diferentes unidades de puesta en vigor de la ley cooperen estrechamente en actuaciones como la verificación de antecedentes, de manera que las agencias encargadas de la aplicación de la ley más próximas a las comunidades puedan brindar información más fidedigna. Sin embargo, éste no siempre ha sido el caso y la agencia central del Departamento de Investigaciones Penales aprueba las listas de comités de vigilancia sin realizar necesariamente una verificación de antecedentes de los solicitantes. En consecuencia, algunos guardias de la tierra han obtenido protección judicial al convertirse en miembros de los comités de vigilancia.²⁶

En tercer lugar, los guardias de la tierra se presentan como cuidadores de la propiedad. Como tales, se espera que recurran al uso de la fuerza en defensa propia. Yao, uno de los guardias de la tierra entrevistados mostró una carta de los abogados de su cliente, nombrándolo cuidador de una parcela de tierra. Según él, la carta de nombramiento le confería el derecho a permanecer en la propiedad y a interrogar y mantener a raya a quienes él llamaba usurpadores.

El desafío a la seguridad que plantean las actividades de los guardias de la tierra se ve aun más exacerbado por sus esfuerzos por aprovechar las estructuras de seguridad lícitas para integrar sus servicios a la economía legítima de Ghana. Aunque su *modus operandi* sigue siendo el mismo, los guardias de la tierra están dando una nueva identidad a sus servicios como proveedores de seguridad para propiedad privada, un área no cubierta por la policía. El aprovechamiento de las estructuras legítimas de seguridad para insertar sus servicios en la economía legítima de Ghana sin acatar las disposiciones estipuladas en la legislación genera desafíos de seguridad dado que este accionar socava al Estado y a sus estructuras de seguridad.

9 Subordinación del Estado a través de las actividades de los guardias de la tierra: un pronóstico

No cabe duda de que las actividades de los guardias de la tierra perjudican al Estado de diferentes formas. Como ha quedado demostrado en los párrafos precedentes, los guardias de la tierra utilizan la fuerza ilegítima para amenazar, intimidar y, en casos extremos, matar a sus víctimas. Estas actividades no solo desafían al monopolio del Estado respecto del uso de la fuerza sino que también ponen en cuestión la capacidad del Estado de brindar y garantizar protección a su pueblo. Si bien los guardias de la tierra existen debido a la debilidad de los títulos de propiedad, su existencia y la incapacidad que han demostrado las agencias de seguridad estatales para hacer frente de manera efectiva a las amenazas que ellos plantean también genera temor entre los ciudadanos. En efecto, los guardias de la tierra ponen a prueba la efectividad del Estado para proteger a sus ciudadanos y propiedades y, por lo tanto, socavan la confianza del pueblo en la capacidad del Estado de protegerlos a ellos y a sus intereses. El éxito de sus actividades magnifica los desafíos inherentes a la aplicación de la ley dentro del

país y, así, la confianza se ve desplazada de las agencias del Estado hacia ellos mismos. De alguna manera, mientras que los guardias de la tierra pueden no tener una agenda deliberada de suplantar a las agencias estatales de aplicación de la ley, sus índices de éxito crean una percepción de efectividad que socava las estructuras de aplicación de la ley y los mecanismos oficiales para la resolución de conflictos en el país.²⁷

Parece haber algún nivel de connivencia, aunque relativamente sutil, entre algunos guardias de la tierra y las agencias estatales encargadas de la aplicación de la ley. Como se indicara anteriormente, algunos guardias de la tierra han procurado legitimar sus actividades haciéndose pasar por miembros de los grupos tradicionales *Asafo*, comités de vigilancia, cuidadores y proveedores de seguridad privada. Gracias a esto han podido refugiarse bajo el paraguas protector de estas agencias y han logrado evitar ser identificados y arrestados a pesar de que continúan operando ilegalmente. Para legitimar aún más sus actividades y comprobar que sólo suministran servicios adicionales que la policía no puede brindar, se intenta diferenciar entre “guardias de la tierra justos” y “guardias de la tierra injustos”. Según los tres guardias entrevistados, ellos sólo aceptaron encargos después de haber verificado la autenticidad de los reclamos de sus clientes. Sin embargo, aseveraron que otros grupos pueden aceptar los encargos sólo por el dinero involucrado. Los “guardias de la tierra justos” trabajan en consonancia con la policía para limitar el accionar de los guardias de la tierra “injustos”. De acuerdo con Yao y Moahmmmed A, desde que cuentan con cuidadores, suelen arrestar a guardias y entregarlos a la policía.²⁸ Sin embargo, esta categorización no tiene realmente ningún asidero práctico dado que todos los guardias de la tierra emplean el mismo *modus operandi* en la ejecución de sus tareas —el uso de la fuerza ilegítima. Por lo tanto, la clasificación sólo sirve para distinguir entre los que actúan en asociación con la policía y los que no.²⁹

Debido a la falta de información disponible es imposible afirmar que las agencias encargadas de la aplicación de la ley han sido corrompidas por los guardias de la tierra. Sin embargo, las pruebas referenciales sugieren que los empleadores de los guardias de la tierra suelen pagar para liberar bajo fianza a guardias arrestados y “matar” la causa.³⁰ Se dijo que quienes tienen influencia política pueden llamar a las comisarías para exigir la salida bajo fianza de algunos guardias de la tierra.³¹ Como dijimos anteriormente, algunos guardias de la tierra brindan servicios de protección a políticos durante las campañas electorales a cambio de una promesa de empleo cuando ganen. A pesar de que la promesa de empleo termina no cumpliéndose, los guardias de la tierra pueden, sin embargo, recurrir a estos clientes cuando están en problemas.³²

10 Hacer frente al desafío que plantean los guardias de la tierra: algunas opciones para considerar

Desarrollar las respuestas apropiadas al desafío de los guardias de la tierra requiere abordar tanto el lado de la oferta como de la demanda de los servicios de los guardias de la tierra. Según Skaperdas, el crimen organizado existe “debido a la existencia de una vacío de poder y a la escasez o ausencia de la aplicación efectiva de la ley” (SKAPERDAS, 2001, p. 108). Esta aseveración es válida para los servicios que prestan los guardias de la tierra. Por ende, responder a la amenaza de los guardias de la tierra

requiere una combinación de leyes apropiadas, mecanismos eficientes y accesibles para aplicar dichas leyes y castigos efectivos que, cabe esperar, servirían de disuasivos.

Al mirar hacia delante, se percibe primero la necesidad de popularizar y simplificar aún más los procesos de verificación de la titularidad de la tierra. A pesar de la reforma en la administración de la tierra, los procesos no son bien conocidos por el común de los ghaneses. Muchos son los que todavía creen que tratar de obtener información en la Comisión de Tierras es un proceso con largas demoras. En consecuencia, las personas continúan adquiriendo tierras sin verificar la validez de los títulos y los compradores terminan siendo víctimas de aprovechadores que venden la misma tierra muchas veces.

Además, se necesita incentivar el profesionalismo dentro de los cuadros de la policía de Ghana. A pesar de los esfuerzos del servicio policial de Ghana por hacer frente al desafío de los guardias de la tierra, no se ha logrado mucho éxito por falta de coordinación, investigación y logística efectiva. El desafío que les plantean los guardias de la tierra no es diferente del que implica resolver otros delitos dentro del Estado. La falta de sistemas en red significa que es necesaria mucha coordinación entre las diferentes unidades del servicio policial para superar a los delincuentes. Sin embargo, hay muy poca coordinación. Es por eso que, por ejemplo, el DIP emite los permisos para que operen los miembros de los comités de vigilancia sin consultar a la policía de las comunidades locales y, en última instancia, está habilitando el accionar de los guardias de la tierra que se hacen pasar por miembros de los comités de vigilancia.

Asimismo, es importante equipar a la policía con tecnologías de vigilancia que les permita rastrear las actividades de los guardias de la tierra en tiempo real a fin de poder dar respuestas oportunas. Según el oficial de policía entrevistado, suele ser difícil ubicar a los guardias de la tierra incluso cuando cuentan con datos de inteligencia porque actúan dentro de la selva sin rutas fácilmente accesibles. Sin los vehículos apropiados resulta difícil transitar dichas rutas, lo que permite que los guardias de la tierra evadan a las agencias de aplicación de la ley.

Es igualmente importante contar con un sistema efectivo de recopilación de información de inteligencia que esté al servicio de la aplicación de la ley (QUANTSON, 2003, p. 45). Varios supuestos robos a mano armada y asesinatos están relacionados con la tierra y los actos son perpetrados por guardias de la tierra. Sin embargo, no siempre se pueden establecer las conexiones. Es interesante observar que algunos oficiales de policía cuentan con considerable información derivada de investigaciones realizadas durante mucho tiempo. Sin embargo, esta información no se encuentra disponible para el servicio policial como organización.³³

11 Conclusión

En este documento hemos tratado la naturaleza de la actividad de los guardias de la tierra y sus implicancias para los derechos humanos. También examinamos la lógica de la aparente resiliencia que demuestran tener los guardias de la tierra ante los esfuerzos por detener sus actividades. Se ha observado que los guardias de la tierra no son meros delincuentes sino, más bien, miembros de grupos delictivos organizados que utilizan medios ilegales como la violencia, entre otros, para lograr

su cometido. El perfil de los guardias de la tierra sugiere que son, en su mayoría, jóvenes desempleados con bajos niveles de educación formal y escasas o inexistentes destrezas que resulten atractivas para el mercado de trabajo. Se ha establecido que los guardias de la tierra son actores racionales que aprovechan las oportunidades disponibles en la economía ilegal para obtener sus ingresos. La resiliencia de los guardias de la tierra ante los esfuerzos del país por evitar sus actividades se explica mediante la teoría de la elección racional: dados sus recursos y habilidades, los beneficios que esperan obtener siendo guardias de la tierra superan los beneficios derivados de dedicar el mismo tiempo y energía a otras actividades.

A pesar de los éxitos relativos evidenciados en Ghana en la promoción de los derechos humanos, las actividades de los guardias de la tierra indudablemente inhiben el progreso en este sentido. Si bien puede no ser un hecho generalizado que el Estado se encuentre subordinado a las actividades de los guardias de la tierra, la forma tan abierta en la que estos guardias de la tierra realizan sus actividades suele crear la sensación de que el Estado, a través de las agencias de aplicación de la ley, no puede hacerse cargo de estas cuestiones. Que los guardias de la tierra no consideren la detección, el arresto y el castigo como amenazas suficientes, agrava la impresión de que el Estado está subordinado o, al menos, tolera a actores sub-estatales involucrados en actividades que afectan negativamente los derechos humanos de las personas que viven dentro de ese Estado. Esto es contraproducente para la institución de los derechos humanos en Ghana. Si se ha de sostener el beneficio logrado gracias a la promoción de los derechos humanos en un marco democrático, el Estado deberá adoptar una postura más proactiva contra el fenómeno de los guardias de la tierra en Ghana.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ALBANESE, Jay S. 2000. The causes of organized crime: do criminals organize around opportunities for crime or do criminal opportunities create new offenders. **Journal of Contemporary Criminal Justice**, Thousand Oaks, CA, Sage Publications, v. 16, n. 4, p. 409-423, nov.
- ALBINI, Joseph L. 1971. **The american mafia**: genesis of a legend. New York: Appleton-Century-Crofts. p. 37.
- AMANOR, Kojo Sebastien. 1999. **Global restructuring and land rights in Ghana**: forest food chains, timber and rural livelihoods. Uppsala, Sweden: Nordiska Afrikainstitutet.
- ATTUQUAYEFIO, Philip (Interviewer). 2009. **Understanding the work of land guards**. Interviews with randomly selected land guards (25 Mar. 2009).
- AWORTWI-MENSAH, Paul. Crowd besieges court. **GhanaWeb**, 27th February 2001. Disponible en: <<http://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/NewsArchive/artikel.php?ID=13815>>. Visitado el: 24 Nov. 2012.

- AZU, Vance. Land guards terrorize businessman. **The Daily Graphic**, 01 Aug. 2011. Disponible en: <<http://www.modernghana.com/news/342898/1/land-guards-terrorize-businessman.html>>. Visitado el: 24 Nov. 2012.
- BECKER, Gary Stanley. 1968. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, may.
- EHRLICH, Isaac. 1973. Participation in illegitimate activities: a theoretical and empirical investigation. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 81, n. 3, p. 521-565, May/June.
- DARKWA, Linda (Interviewer). 2012. **Understanding the work of land guards**. Focus Group Discussion (26 Aug. 2012).
- DARKWA, Linda (Interviewer). 2010. **Understanding the work of land guards**. Interview with Paul Avuyi (11 Oct. 2010).
- GHANA. **Criminal Code (Amendment) Act, 2003 (Act 646)**. [Ghana], 12 Jan. 1961. Disponible en UNHCR Refworld: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/44bf823a4.html>>. Visitado el: 24 Nov. 2012.
- GHANA. Ghana Statistical Service. 2012. **2010 population and housing census: summary report of final results**. Accra, Ghana: Ghana Statistical Service.
- GHANA. Ministry of Lands and Forestry. 1999. **National land policy**. Accra, Ghana: Government of Ghana.
- GOUGH, Katherine V.; YANKSON, Paul W. K. 2000. Land markets in african cities: the case of peri-urban Accra, Ghana. **Urban Studies**, Glasgow, UK, v. 37, n. 13, p. 2.485-2.500.
- HAGAN, Frank E. 1983. The organized crime continuum: a further specification of a new conceptual model. **Criminal Justice Review**, Atlanta, GA, Sage, v. 8, n. 2, p. 52-57, Sept.
- HOMANS, George Caspar. 1961. **Social behaviour: its elementary forms**. London: Routledge and Kegan Paul, 1961.
- INTERNATIONAL encyclopedia of the social sciences. William A. Darity, Jr., editor in chief. 2nd ed. Detroit: Macmillan Reference USA, 2008. v. 3, p. 74.
- KOM, Enoch D. 2003. Security of title to land in Ghana. In: **LAND as a resource for development**. Accra, Ghana: Ghana Universities Press. p. 14-27. (Proceedings of the Ghana Academy of Arts and Sciences, v. 36).
- LAMPE, Klaus von. **Definitions of organized crime**. Disponible en: <<http://www.organized-crime.de/organizedcrimedefinitions.htm>>. Visitado el: 16 Nov. 2012.
- LAND guards banned. **Daily Guide**, 31 July 2007. Disponible en: <www.modernghana.com/news/140089/1/land-guards-banned.html>. Visitado el: 24 Nov. 2012.
- LAND guards banned with immediate effect. 2004. Ghana News Agency. Accra, 4 Aug. 2004. Disponible en: <<http://www.modernghana.com/news/60345/1/land-guards-banned-with-immediate-effect.html>>. Visitado el: 16 Nov. 2012.

- LAND guards brutalise Oyibi residents. 2010. Joy Online. 24 Sept. 2010. Disponible en: <<http://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/NewsArchive/artikel.php?ID=190964>>. Visitado el: 24 Nov. 2012.
- LAND guards kill top IRS man. 2005. **The Daily Graphic**, 28 Dec. 2005. Disponible en: <<http://www.modernghana.com/news/92544/1/land-guards-kill-top-irs-man.html>>. Visitado el: 24 Nov. 2012.
- MATSUEDA, Ross L.; KREAGER, Derek A.; HUIZINGA, David. 2006. Deterring delinquents: a rational choice model of theft and violence. **American Sociological Review**, Nashville, TN, v. 71, No. 1, p. 95-122, feb.
- POGUCKI, R. J. H. 1955. **Gold Coast and land tenure**: land tenure in Ga customary law. Accra, Ghana: Gold Coast Lands Department, Government Printer. v. 3.
- QUANTSON, Kofi Bentum. 2003. **Ghana, national security**: the dilemma. Dansoman, Accra: Napasvil Ventures.
- SCOTT, J. 2000. Rational choice theory. In: BROWNING, Gary K.; HALCLI, Abigail; WEBSTER, Frank (Eds.). **Understanding contemporary society**: theories of the present. London; Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- SKAPERDAS, Stergios. 2001. The political economy of organized crime: providing protection when the state does not. **Economics of Governance**, v. 2, n. 3, p. 173-202, nov.
- TSIKATA, Kwaku G. 2007. Challenges of economic growth in a liberal economy. In: BOAFO-ARTHUR, Kwame (Ed.). 2007. **Ghana**: one decade of the liberal state. London: Zed Books. p. 49-85.
- UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, 2000. Disponible en: <<http://cjei.org/publications/IAWJ%20Conference/un%20convention%20against%20transnational%20organised%20crime.pdf>>. Visitado el: 24 Nov. 2012.
- WILLIAMS, Jenny; SICKLES, Robin C. 2002. An analysis of the crime as work model: evidence from the 1958 Philadelphia Birth Cohort Study. **Journal of Human Resources**, Madison, Wis., University of Wisconsin Press, v. 37, n. 3, p. 479-509, Summer.
- WOODMAN, Gordon R. 1996. **Customary land law in the Ghanaian courts**. Accra, Ghana: Ghana Universities Press, 1996.

NOTAS

1. Según el artículo 38 (2) de la Ley de Reglamentación de los Servicios Policiales 1970 (LI 1579), las organizaciones privadas de seguridad se describen como "toda organización que realice investigaciones privadas sobre hechos o el carácter de cualquier persona, o que preste servicios de guardia, custodia, patrullaje o traslado con el fin de brindar protección contra el delito", pero no incluye a la policía, al servicio penitenciario ni a las fuerzas armadas de Ghana.
2. La naturaleza ilegal de la industria de los guardias de la tierra implica que quienes trabajan en ella son renuentes a admitirlo. Por la naturaleza ilícita de su trabajo, la mayoría de los guardias no están dispuestos a dar entrevistas. Fue inútil tratar de conseguir más entrevistados. Dos de los entrevistados, Yao y Mohammed A trabajan principalmente en Amasaman, un suburbio de Acra con nuevos desarrollos inmobiliarios. Mohammed B trabaja en la zona relativamente próspera del este de Legon. Al final de la entrevista, confesaron que los nombres que nos habían dado eran seudónimos.
3. El debate en grupo focal tuvo lugar en Sapeiman el 26 de agosto de 2012. Sin embargo, debido al asesinato de un guardia de la tierra diecisiete días antes de la entrevista, ninguno de los participantes quiso dar su nombre.
4. Paul Avuyi es un oficial de policía retirado que nos habló de los desafíos que implica para la policía ghanesa la amenaza de los guardias de la tierra. Fue recomendado por un oficial de policía en servicio que no estaba dispuesto a dar una entrevista.
5. El oficial de policía en servicio se desempeña en Amasaman, uno de los suburbios en desarrollo de Acra. En su zona de operación se han producido varios incidentes relacionados con las actividades de los guardias de la tierra. Como oficial en funciones pidió que se mantuviera su nombre en el anonimato.
6. Este desarrollador inmobiliario emplea los servicios de Yao y Mohammed A. Organizó la reunión de la entrevista pero también solicitó que se lo mantuviera en el anonimato.
7. Tsikata sugiere que a pesar de los problemas que enfrenta la democracia, "ha tenido un efecto positivo sobre la inversión y el crecimiento". Para más detalles sobre este tema, véase TSIKATA, Kwaku G. Challenges of economic growth in a liberal economy. En BOAFO-ARTHUR, Kwame (Ed.). 2007. Ghana: one decade of the liberal state. London: Zed Books. p. 49–85.
8. En el sur de Ghana, los jefes ocupan taburetes mientras que en el norte ocupan pieles. Durante la coronación de un nuevo jefe, en el sur de Ghana, los ancianos lo colocan en un taburete tres veces como parte de la ceremonia. En el norte, el nuevo jefe es colocado tres veces sobre una piel. Así, el taburete (en el sur) y la piel (en el norte) son el símbolo de la autoridad y la legitimidad del gobierno ghanés tradicional.
9. En algunos lugares, quien tiene la tierra en fideicomiso en representación de la gente es el sacerdote, que tiende a ser un líder tanto secular como espiritual. Por ejemplo, entre los Konkomba en el norte de Ghana la tierra es mantenida en fideicomiso por el *tendana*- el sacerdote terrenal-, que es el encargado de su apropiación.
10. En épocas recientes, el *asantehehene*, uno de los más importantes jefes de Ghana destronó a varios de sus subjeses por actuar por fuera de sus mandatos respecto de la venta de tierras. Algunos de estos jefes son el *atwimahene*, destronado en noviembre de 2009, y el *abrafohene*, destronado en octubre de 2009. La oficina del *asantehehene* lleva un registro de tales destronaciones en <<http://www.manhyiaonline.org>>. Visitado el: 26 Abr. 2012.
11. El proceso de verificación de la titularidad de la tierra se ha simplificado en cierta medida gracias a la digitalización del Registro de la Propiedad, aunque el personal del Registro suele provocar demoras para poder cobrar sobornos.
12. En 1994, el gobierno de Ghana inició un proceso para la elaboración de documentos de políticas necesarias para una efectiva administración y gestión de la tierra en el país. En 1999, se adoptó una Política Nacional de la Tierra, que prevé, entre otras cosas, el establecimiento de un Proyecto de Administración de la Tierra que se espera sirva, entre otras cosas, para "mejorar el sistema de registro y títulos de propiedad en términos de seguridad y reducción de los tiempos de la prestación del servicio". Para mayor información sobre el proyecto, véase "Land Administration Project is on course". (Disponible en: <<http://www.ghanalap.gov.gh/index1.php?linkid=239&archiveid=46&page=1&date=01%2F08%2F2007>>. Consulta: 26 de abril de 2012; "Ghana: Land Administration Project 2". Disponible en: <<http://www.ghanalap.gov.gh/>>. Visitado el: 26 Abr. 2012).
13. Actualmente, la verificación del título de propiedad en el Departamento de la Propiedad de la Tierra lleva aproximadamente una semana. El Acta Constitutiva del Registro de la Propiedad de la Tierra establece los requisitos para el registro de títulos de propiedad, búsquedas oficiales, registros de hipotecas y arbitraje sobre tierras en disputa. El Acta Constitutiva del Registro de la Propiedad de la Tierra está disponible en <http://www.scribd.com/doc/18943433/Land-Title-Registry-Ghana>. Visitado el: 25 Abr. 2012.
14. Según los guardias de la tierra, se les paga en efectivo o con parcelas de tierra. La paga puede rondar los GHC20.000 por diez personas o más, según el tamaño del terreno. Aparentemente, la remuneración se calcula en base al tamaño del terreno a ser custodiado.
15. Entrevista realizada con guardias de la tierra el 25 de marzo de 2009. Aunque los dos negaron haber participado en asesinatos por contrato, mencionaron casos en los que supuestos ladrones armados eran en realidad asesinos a sueldo.
16. La mayoría de los guardias de la tierra son jóvenes desempleados con poca o ninguna educación

ni habilidades, y en los casos en los que sí adquirieron algunas habilidades, éstas son muy básicas y les permiten obtener muy pocos ingresos en el mercado legal. Todos los entrevistados sugirieron que son guardias de la tierra por la falta de otras oportunidades.

17. Esto se refiere a los guerreros de una comunidad en particular. Suelen estar conformados por jóvenes de la comunidad y, en su mayoría, actúan como protectores de esa comunidad en particular.

18. A pesar de que Yao y Mohammed señalaron que ellos trabajan con los jefes del área de Amasaman, también agregaron que se desempeñan como cuidadores de tierras para particulares fuera de la jurisdicción de los jefes de Amasaman y que habían realizado "misiones" en Aburi, Tarkwa y Aflao.

19. Estas son áreas de gran densidad en la región del conurbano de Acra, al sur de Ghana, señalada como terreno fértil para atraer jóvenes desempleados.

20. Yao señaló que era albañil capacitado, boxeador aficionado y que había también trabajado en una compañía de seguridad privada. Dejó la albañilería porque no podía encontrar trabajo y comenzó a trabajar en una compañía de seguridad privada que también dejó por la baja paga que recibía. Mohammed A dijo que era chofer capacitado, y que se convirtió en guardia de la tierra porque no encontraba trabajo. Mohammed B dijo que era un repatriado; había sido deportado de Alemania. Sus esfuerzos para regresar a Europa habían fracasado y como no tenía ni educación formal ni capacitación profesional no había podido encontrar trabajo. Además de custodiar tierras, dijo que tenía una granja de subsistencia y también criaba algo de ganado.

21. El policía de Amasaman dijo que parte de los homicidios relacionados con la tierra habían sido calificados incorrectamente como homicidios relacionados con robo a mano armada.

22. Los entrevistados indicaron que había un "Grupo UN" que era el más temido; el Grupo Ashiaman y el Grupo Nima. La existencia de los Grupos Ashiaman y Nima fue confirmada en GNA, "La policía arresta a 23 guardias de la tierra" 7 de octubre de 2004. Disponible en: <www.modernghana.com>. Visitado el: 25 Abr. 2012

23. Puede encontrarse una discusión más detallada de cómo las percepciones del riesgo pueden disuadir o alentar el delito en Ross L. Matsueda, Derek A. Kreager, David Huizinga, "Deterring Delinquents: A Rational Choice model of Theft and Violence" en *American Sociological Review*, vol. 71, No. 1 (Feb., 2006) pp. 95 - 122

24. Los Grupos Asafo son los ejércitos tradicionales del Estado tradicional. En la Ghana premoderna, cada comunidad tenía su propia Compañía Asafo denominada de diferentes formas. Su obligación era defender a las comunidades de los ataques. Hoy día, son en gran medida reliquias meramente simbólicas del orden antiguo.

25. Ghana comenzó a recabar datos biométricos nacionales en 2011 para la emisión de la Cédula de Identidad Nacional. Antes de eso no había base de datos con domicilios e identificadores únicos como huellas digitales para detección temprana.

26. Entrevista al hombre de la Policía de Amasaman, Acra. Yao presentó una copia de su permiso para actuar como miembro del Comité de Vigilancia. El oficial de policía que acompañó al equipo a la entrevista confirmó la autenticidad del permiso.

27. De acuerdo con el oficial de policía entrevistado, la mayoría de la gente que recluta guardias de la tierra alude al hecho de que recurrieron a los guardias de la tierra como consecuencia de su falta de confianza en el sistema policial. El desarrollador inmobiliario que emplea a Yao y a Mohammed A también confirmó que tomó la decisión de recurrir a los guardias de la tierra por la lentitud e imprevisibilidad de la aplicación de la ley en Ghana.

28. Yao tenía una carta de los representantes legales de un cliente nombrándolo cuidador de una parcela de tierra. A pesar de que admitió que había desempeñado las mismas funciones que otros guardias de la tierra, no se consideraba tal en el desempeño de sus tareas para ese cliente justamente debido a esa carta de designación.

29. El oficial de policía de Amasaman confirmó que la policía en ocasiones obtuvo y utilizó información de inteligencia suministrada por los guardias de la tierra. Sin embargo, fue renuente a admitir que había algún tipo de asociación entre las agencias encargadas de la aplicación de la ley y los guardias de la tierra.

30. Mohammed B estaba detenido en la comisaría de East Legon durante la entrevista. Cuando se le preguntó sobre su destino, aseguró a los entrevistadores que él tenía confianza de que su empleador lo sacaría de allí. Los tres guardias de la tierra señalaron que habían sido arrestados varias veces pero que nunca habían sido procesados.

31. El oficial de policía de Amasama señaló que suelen recibir "órdenes de arriba" para dejar libre a algunos guardias de la tierra arrestados. Según él, esto frustra los esfuerzos de la policía especialmente cuando el mismo grupo de guardias de la tierra continúa operando con impunidad.

32. Mohammed A señaló que había brindado servicios como guardaespaldas de personas importantes del partido gobernante y del opositor. Sin embargo, todavía no se le había ofrecido el cargo prometido. A pesar de ello, tiene los datos de contacto de algunos de los políticos y confía en que ellos lo liberarán si es arrestado en alguna oportunidad.

33. A pesar de que el policía tenía una gran cantidad de información documentada, indicó que sus esfuerzos por entregarla a la policía no fueron bienvenidos.

ABSTRACT

Since the return to constitutional rule, Ghana has intensified efforts to promote human rights. However there are several challenges with the promotion of property rights, especially with regard to land ownership. This challenge, borne out of the tensions between the modern and the traditional state, is exacerbated by the plural legal systems in place as well as the challenges of rapid urbanisation and a high unemployment rate, particularly in the Greater Accra region. The liberal market system promoted by Ghana's return to constitutional rule led to increased investment in land and demands for greater security in land title. This led to efforts aimed at land reform. These notwithstanding, the inability of the state to enforce its rules and elicit compliance have meant that the land market remains a minefield. The consequence has been the emergence of private security service providers who employ illegal means of enforcement to protect land and landed property. Popularly known as land guards, these security providers are the nightmare of landowners in the Greater Accra region. Using primary and secondary sources, this paper examines the rationale behind the demand and supply of land guard services and the implications of such services on property rights in Ghana. We conclude that the weak law enforcement capabilities of the state and rampant corruption in the land management institutions facilitate conflicts in land markets and encourage people to resort to individual security mechanisms. We argue that as long as such illicit security measures are employed, the state's authority and monopoly over the use of force will remain irrelevant in the land sector.

KEYWORDS

State subordination – Land guards – Human rights

RESUMO

Desde o retorno do regime constitucional, Gana intensificou os esforços para a promoção dos direitos humanos. Entretanto, há muitos desafios em relação à defesa dos direitos de propriedade, especialmente quanto à posse da terra. Esse desafio, nascido das tensões entre o Estado moderno e o tradicional, é exacerbado pela pluralidade dos sistemas legais vigentes, bem como pelos desafios da rápida urbanização e do alto desemprego, especialmente na região da Grande Acra. O sistema liberal de mercado promovido pelo retorno de Gana ao regime constitucional levou a mais investimentos em terras e demanda por mais segurança nos títulos de propriedade. Isso levou a tentativas de realização de uma reforma agrária. Apesar delas, a incapacidade do Estado de fazer a lei ser respeitada significou que o mercado fundiário continua sendo um campo minado. A consequência foi o surgimento de provedores de serviços de segurança privada que empregam meios ilegais para proteger terras e propriedades fundiárias. Conhecidos popularmente como guardas da terra (landguards), esses provedores de segurança são o pesadelo dos proprietários de terras na região da Grande Acra. Usando fontes primárias e secundárias, o presente estudo examina a lógica por trás da demanda e da oferta dos serviços dos guardas da terra e as implicações de tais serviços para o direito à propriedade em Gana. O texto conclui que a fraca capacidade de policiamento do Estado e a corrupção generalizada nas instituições de administração fundiária facilitam os conflitos nos mercados fundiários e incentivam a busca por mecanismos individuais de segurança. Argumentamos que, enquanto tais medidas ilícitas de segurança forem utilizadas, a autoridade do Estado e o seu monopólio do uso da força continuarão irrelevantes no setor fundiário.

PALAVRAS-CHAVE

Subordinação do Estado – Guardas da terra – Direitos humanos



CRISTINA RĂDOI

Cristina Rădoi es Doctora en Ciencias Políticas de la Escuela Nacional de Estudios Políticos y de Administración de Bucarest, Rumania, con tesis de doctorado en Defensa y Guerra desde un punto de vista feminista y el impacto de las mujeres en las instituciones militares. Rădoi está graduada en Ciencias Políticas y es Magister en Estudios de Género. Los principales temas de investigación de la autora son,

Estudios de Género, especialmente las condiciones de las mujeres en las instituciones militares y las condiciones de las refugiadas musulmanas.

Email: cristina.radoi@yahoo.com

RESUMEN

El presente trabajo analiza en qué medida las resoluciones internacionales sobre el rol de las mujeres en materia de seguridad, reflejan realmente los intereses de las mujeres.

A pesar de que los funcionarios internacionales afirman que el papel de las mujeres es muy importante en la prevención de conflictos, en el establecimiento de la paz y en la reconstrucción de la sociedad en las zonas donde hubo conflicto, las mujeres sólo tienen un rol formal, ya sea como parte de las fuerzas armadas o como civiles en las zonas de conflicto. El derecho internacional ve a las mujeres como víctimas, y no como actores importantes, iguales a las contrapartes masculinas en la consecución de dichos objetivos.

En la primera sección, se presentan los efectos de la militarización en la vida de las mujeres. En la segunda sección, se analizan las resoluciones internacionales y estrategias de seguridad alternativas, desde una perspectiva feminista.

Original en Inglés. Traducido por Maité Llanos

Recibido en noviembre de 2011. Aceptado en mayo de 2012.

PALABRAS CLAVE

Mujeres en instituciones militares – Resoluciones Internacionales – Género – Defensa y seguridad



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

LA RESPUESTA INEFICAZ DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES CON RELACIÓN A LA MILITARIZACIÓN DE LA VIDA DE LAS MUJERES

Cristina Rădoi

1 Los efectos de la militarización en la vida de las mujeres

Luego de los eventos del 11 de septiembre, la política de defensa de la mayoría de los Estados se enfocó principalmente en sus fuerzas militares. Una vez adoptada la doctrina Bush de la guerra preventiva, creció la militarización de las sociedades. Por lo tanto, “la lógica de las instituciones militares permeó el lenguaje, la cultura popular, las prioridades económicas, los sistemas educativos, las políticas de gobierno, los valores e identidades nacionales”. (SUTTON; NOVKOV, 2008, p. 4).

Una vez que Estados Unidos sintió que había perdido su supremacía, desató un proceso largo y doloroso, para retomar su dominio global militar y económico. La doctrina de la guerra preventiva de Bush, muy bien expresada en la siguiente expresión: “O están con nosotros, o están con los terroristas” (BUSH, 2001), determinó condiciones insostenibles para la población civil, principalmente para mujeres y niños e incluso para el personal militar. Las consecuencias de la doctrina de la guerra preventiva repercutieron en la población de todo el mundo, desde los americanos hasta los ciudadanos de Estados aliados, cuyos fondos públicos se reorientaron al financiamiento del poder militar [...] “también se ponen en riesgo sus propios procesos políticos internos en los que el alineamiento con el dominio de EEUU se produce con un alto costo para sus ciudadanos [...] Los gobiernos aliados apoyan estas guerras a pesar de que sus propias poblaciones se oponen a que la nación se involucre” (KIRK, 2008, p.38). En lugar de usar los fondos para desarrollar proyectos nacionales valiosos, el gobierno de Bush pone en riesgo la vida de civiles en la zona de conflicto, incurriendo en encarcelamientos injustificados o cometiendo atrocidades en nombre de la democracia o de los derechos humanos (SUTTON, NOVKOV, 2008, p. 9-11). Por lo tanto, las atrocidades de Guantánamo y de Abu Ghraib “refuerzan la

Ver las notas del texto a partir de la página 199.

noción de que algunas vidas son más prescindibles y algunas muertes son simplemente inevitables” (LEE, 2008, p. 58 -59).

Estados Unidos anunció inicialmente que desarrollaba la guerra contra el terrorismo en nombre de la seguridad de los ciudadanos, y cuando esta causa dejó de ser convincente, sostuvo que la tarea de Estados Unidos era derrocar a los regímenes despóticos y salvar a las mujeres árabes, en nombre del respeto a los derechos humanos. Comenzó entonces, tanto en EEUU como en Irak y Afganistán, un proceso de encarcelamiento generalmente sin pruebas reales de que las personas encarceladas fueran miembros de Al Qaeda. El gobierno de Bush comenzó también con los ataques en Afganistán sin pruebas de que los terroristas continuaran allí (SUTTON; NOVOKOV, 2008, p.39). No se respetó la proporcionalidad en la acción de defensa, uno de los principios de la “guerra justa” (WALZER, 2004, p. 10), teoría utilizada por Estados Unidos. Aún si esos ataques fueron una respuesta a los ataques del 9/11, estos condujeron a atrocidades y abusos contra afganos e iraquíes, e incluso contra musulmanes de otras nacionalidades.

Las brutalidades y los abusos perpetrados tanto por el personal militar masculino como femenino en Guantánamo y Abu Ghraib, son también violaciones a los principios de los derechos humanos. La imagen de mujeres ejerciendo violencia demostró que la asociación de las mujeres con la paz es falsa, y aún más, que “raza y nación ‘priman’ sobre el género [...] Había mujeres blancas estadounidenses entre las perpetradoras (apropiándose de un rol masculinizado); mientras que los hombres iraquíes eran violados (forzados a un rol feminizado) (KIRK, 2008, p. 43). Esta asociación refuerza el patriarcado al aceptar el mito del “protector/protegido” (ELSHATIN 1995, TICKNER 2001).

El tipo de guerra impuesto por la doctrina Bush se basó en “un proyecto sexualizado de ‘masculinización’”. Con el objetivo de derrocar a los gobiernos de Afganistán e Irak, el gobierno de Bush se involucró en un proyecto que sumió a los ciudadanos afganos e iraquíes en desplazamientos, invalidez, abusos, tortura e incluso muerte. Este proyecto de ‘masculinización’ construyó un nuevo tipo de ciudadanía. El deber de un “verdadero” ciudadano era valorar y apoyar la guerra contra el terrorismo y honrar la masculinidad nacional (MANN, 2008, p. 180-181).

La literatura feminista, al examinar la militarización y las características de la guerra, muestra que la masculinidad ha sido construida en base a la desvalorización de la feminidad (ENLOE, 1989; STEANS, 1998; TICKNER, 2001). El militarismo legitimó a los hombres masculinizados como protectores, mientras que las personas feminizadas han sido etiquetadas como débiles, sensibles e incapaces (ENLOE, 2004, p. 154). Para construir la masculinidad en la guerra, se les ha enseñado a los soldados a reprimir todas sus supuestas características femeninas.

Como podemos ver, prevalecen aún en nuestra sociedad los estereotipos en debate: “Guerreros Justos y Almas Bellas” o el mito del “*protector/protegido*” (ELSHATIN, 1995; TICKNER, 2001), que se corporiza en la imagen del rescate de las garras del enemigo de la mujer de oriente medio cargando a un niño en sus brazos. Esta imagen ha sido una justificación efectiva para manipular a la opinión pública sobre la necesidad y la importancia de una “causa justa” (SJOBERG, 2008, p.4) Al promover los principios democráticos, los Estados occidentales están usando la necesidad de

proteger a las mujeres y a los niños como una justificación para pelear la guerra de los hombres contra el terrorismo. La forma *en la que un padre protege a su familia*¹ y la forma en que los Estados occidentales intentan proteger al mundo, son similares. Los Estados occidentales son la personificación del padre patriarcal, y de esta forma justifican su presunto deber de garantizar la seguridad (SCOTT, 2008, p. 112).

Los efectos de la guerra, tales como las privaciones económicas, desplazamientos, pobreza o violencia de género, afectan desproporcionadamente a las mujeres y a los niños, así como además ningún conflicto es neutro en términos de género. (SCHIRCH; SEWAK, 2005, p. 97). Las estadísticas indican que 80-90% de las víctimas de guerra son civiles mujeres y niños. Hay 22 millones de refugiados en el mundo y 25 millones de personas que fueron reubicadas en campamentos, debido a la destrucción de sus hogares (SHAW, 2003, p. 239-240).

Dado que los conflictos no son neutros en términos de género, las feministas han señalado cómo el “militarismo pone en peligro al medioambiente y la salud de los individuos, lo que significa una carga especial para las mujeres como encargadas de los cuidados” (SUTTON; NOVOKOV, 2008, p.17). En países asolados por la guerra, los conflictos destruyeron agricultura y bosques, fuentes de agua y combustible, la infraestructura básica y el medioambiente natural. Las mujeres han sido las principales afectadas porque son las encargadas de garantizar la supervivencia de sus familias durante y después de los conflictos. Estos conflictos, como todas las misiones militares consumen importantes recursos que podrían ser usados para proyectos más útiles como la salud o la educación, y también determinan el alcance de “la degradación ambiental y de los problemas de salud incluso durante el período de paz” (SUTTON; NOKVOK, 2008, p. 17).

La política militar de EEUU relativa a la guerra contra el terrorismo es, por un lado, una estrategia para garantizar sus intereses capitalistas en el extranjero y por otro, una forma de manipulación usada por la administración Bush para obtener apoyo para todas las medidas drásticas impuestas en nombre de la guerra. Estas políticas generaron desigualdades tanto en EEUU como en el extranjero “cre[ando] condiciones insostenibles de tensión social, violencia y crisis en muchos países en desarrollo” (Frances Fox Piven apud SUTTON; NOKVOK, 2008, p. 17).

La historia humana ha sido dominada por la guerra, y en la percepción de las personas, habiendo estado presente en sus vidas, la guerra se volvió inevitable e incluso extremadamente necesaria (FRANCIS, 2004, p. 5-9). En lugar de admitir la posibilidad de la guerra, incluso como último recurso, Francis sostiene que los ciudadanos deberían valorar preceptos morales característicos de la humanidad y no apoyar la guerra. En este sentido propone “un enfoque constructivo sobre las relaciones humanas” que debería estar guiado por los valores positivos de la humanidad, como: el respeto por la dignidad y las necesidades humanas. Desde su punto de vista, este enfoque constructivo es la alternativa válida a un mundo imbuido de guerra y auto destrucción (FRANCIS, 2004, p. 5- 9).

La militarización está invadiendo todas las actividades de la vida, comenzando por los medios de comunicación y continuando por el sistema educativo. Al ser presentada en los noticieros a través de los actos valientes de soldados, de mujeres con hijos que son rescatadas, o en las películas basadas en la masculinidad hegemónica, que

es la que al final va a salvar al mundo, la militarización se ha transformado en un valor internalizado (SUTTON; MORGEN; NOKVOK, 2008, p. 19). Las campañas mediáticas que presentan las noticias en la dicotomía “Nosotros vs. los Otros” deshumanizan al enemigo y justifican la sociedad militarizada. Al presentar intencionalmente sólo el número de víctimas de nuestro lado, omite las pérdidas humanas del enemigo, haciendo como si estas pérdidas no existieran. Las noticias hablan un lenguaje de opuestos como ‘nuestros muchachos’ contra ‘el enemigo’; los soldados estadounidenses tienen caras humanas, no así los del oponente (FRANCIS, 2004, p. 15-19).

Esta manera de presentar las cosas es muy seductora porque expresa las relaciones de poder entre Estados y porque también hace parecer válida a la presunta “justa causa”. La dicotomía “Nosotros – los Otros” es específica de un patrón de poder y dominación, y habla sobre “ganadores y perdedores, controladores y controlados” (FRANCIS, 2004, p. 59). Este tipo de dualidad es específica de las relaciones de poder de género, porque impone la jerarquía de género. Las relaciones de poder entre Estados, así como las relaciones de poder entre géneros, se basan en el intento de dominación de “el otro”. Estos tipos de relaciones de poder son específicos de las sociedades patriarcales.

El lenguaje de la guerra permea nuestras vidas y es internalizado como normal y aceptable. La militarización del idioma inglés distrae a los ciudadanos norteamericanos de las realidades de la guerra (KIRK, 2008, p. 41). Todas las expresiones técnicas usadas para referirse a la guerra son neutrales, porque no expresan el daño real que implican, pero su objetivo es ocultar y minimizar las consecuencias reales de la guerra (FRANCIS, 2004, p. 19). Por lo tanto, expresiones como “fuerzas de paz” representan de hecho “lanzamiento intercontinental de misiles”, los *Patriots* (patriotas en castellano) son de hecho “s misiles aire-tierra” (smaller surface-to-air missiles), y la seguridad nacional es supuestamente una justificación para pelear en la guerra contra el terrorismo (KIRK, 2008, p. 41). “Una frase sin sangre tal como ‘daños colaterales’ se refiere a la destrucción de casas y hospitales y a víctimas civiles, como un efecto colateral desafortunado del bombardeo de los así llamados blancos militares” (KIRK, 2008, p. 41).

Este tipo de lenguaje no solo disfraza las atrocidades cometidas contra civiles, sino que brinda una justificación moral para apoyar estas acciones, porque “al matar al ‘enemigo’ estamos haciendo algo bueno, no cometiendo homicidio” (FRANCIS, 2004, p. 15).

Este tipo de pensamiento dual es específico de todos los sistemas jerárquicos como el militarismo, el colonialismo, el racismo, el chauvinismo o el sexismo, y se basa en atributos opuestos: cultura/naturaleza, mente/cuerpo, masculino/femenino, yo/otro (PLUMWOOD, 1993). Entre todas las ideologías mencionadas anteriormente, el “sexismo es una de las más antiguas y es universal” (MIROIU, 2004, p. 50, 172). Todas las vertientes del feminismo concuerdan en que este tipo de ideologías se basan en atributos duales, sostenidos por la superioridad de un grupo sobre otro y contribuyen a la deshumanización del “otro”. Las desigualdades y la discriminación pueden encontrarse en las intersecciones entre clase, nacionalidad, raza, sexualidad, pero el género se circunscribe a todos. Por lo tanto, la discriminación contra las mujeres puede tomar múltiples formas, “la desigualdad de género continúa siendo la última de todas las desigualdades” (PASTI, 2003).

El sistema educativo es otro mecanismo que justifica moralmente la guerra. Se enseña desde temprana edad sobre las batallas heroicas y sobre la construcción y reconstrucción de naciones, pero se olvida de enseñarnos las experiencias difíciles por las que pasa la gente durante la guerra, las matanzas en las batallas, y la destrucción humana de gran escala. El arte también retrata la guerra: pinturas o esculturas situadas en el centro de las ciudades donde “hombres a caballo blanden sus espadas triunfales y honrados, pareciendo que lo hacen más por su desnudo y violento poder, que por su humanidad” (FRANCIS, 2004, p. 11).

Somos socializados para aceptar y honrar una estatua en una calle central de un héroe nacional minusválido como consecuencia de una guerra, pero no la estatua de una mujer minusválida embarazada. En este sentido, la escultura de Marc Quinn “Alison Lapper embarazada”, que muestra a la artista minusválida desnuda y embarazada, desató un gran debate en 2005-2006 sobre si era correcto que estuviera emplazada junto a tantos héroes nacionales hombres. Parece que hemos internalizado el hábito de valorar sólo el tipo de coraje que está representado por “la primacía masculina” (KENNEDY PIPE, 2007, p.79).

2 Marco teórico

En esta sección del artículo se presentan algunos enfoques teóricos sobre seguridad, como el enfoque tradicional, el enfoque crítico sobre los estudios de seguridad, y el enfoque feminista.

Aún si el realismo y sus principios no representan el principal enfoque teórico de las relaciones internacionales, cabe señalar que todas las teorías que se presentan a continuación están basadas en estos principios. Aún si, en general, la teoría determina la práctica, en relaciones internacionales ocurre lo contrario (KEOHANE, 2005, p. 406). Sin embargo, la ortodoxia realista está bien vigente con sus principios sobre el sistema internacional, el Estado Nación, el mantenimiento de la paz y la seguridad (GOLDMAN, 2005, p. 355). Resulta evidente que las teorías evolucionaron de enfoques centrados en el Estado a enfoques que también pueden centrarse en mecanismos institucionales y admitir el rol de otros actores más allá del Estado.

Mientras que las teorías tradicionales se enfocan en la seguridad estatal, obtenida gracias a la defensa de la soberanía nacional contra cualquier tipo de amenazas, existen algunas nuevas teorías como los Estudios Críticos de Seguridad o Seguridad Humana cuyo eje es la garantía de la seguridad de la comunidad o del pueblo a través de la emancipación humana y del empoderamiento (SMITH, 2005, p. 41). Estas nuevas teorías añaden la dimensión moral al concepto de seguridad. A pesar de que los Estudios Críticos de Seguridad consideran que debe realizarse un viraje de la seguridad estatal hacia una definición más amplia de la seguridad, refiriéndose directamente a la sociedad, mantienen el mismo marco tradicional, incluyendo “las amenazas que se reconozcan como peligro, referentes que deben ser protegidos, agentes encargados de brindar seguridad y medios para contener las amenazas” (WIBBEN, 2008, p. 457).

La Seguridad Humana, por otra parte, propone una comprensión más amplia de la seguridad de las personas, considerando que incluye seguridad económica,

alimentaria, sanitaria, ambiental, personal, comunitaria, política (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 1994, p. 24-25). En este sentido, las teorías tradicionales proponen una definición negativa de la seguridad concentrándose en la falta de amenazas hacia el Estado, mientras que la Seguridad Humana define a la seguridad positivamente, concentrándose en el bienestar y el empoderamiento de las personas (STEANS, 1998).

La teoría feminista de relaciones internacionales también critica la perspectiva tradicional en materia de seguridad, enfatizando que esta perspectiva ve al Estado como una entidad abstracta y que omite intencionalmente el género en sus análisis (TICKNER, 2001, p. 22-27; ELSHTAIN, 1995; ENLOE, 1989). Los enfoques feministas ofrecieron una nueva perspectiva sobre el tema, pues desarrollan un pluralismo constructivo, al presentar las voces silenciadas de las mujeres en este ámbito (COCKBURN, 2007).

En el intento de proponer una alternativa a las teorías, Elshtain (especialista en filosofía política) y Laura Spelman Rockefeller, (profesora de ética social y política de la Universidad de Chicago) deconstruyen el discurso de la guerra, destacando que la misma construye estereotipos tanto para los hombres como para las mujeres. Los hombres son vistos como “Guerreros Justos”, y las mujeres como “Almas Bellas” (ELSHTAIN, 1995). Los hombres son tanto el tema de la guerra, como también sus narradores, mientras que las mujeres deben permanecer en la esfera privada y, a través de su estatuto de persona que necesita protección, se transforman en el motivo de la guerra de los hombres (SYLVERSTER, 2004, p. 4). Las feministas argumentan que al usar un discurso muy técnico, estas teorías no toman en cuenta las vidas humanas y por lo tanto, el rol de las mujeres debería ser el de ofrecer una perspectiva moral sobre la guerra (ELSHTAIN, 1995, p. 75).

Elshtain fue la primera en señalar que la asociación de las mujeres con la paz y la asociación de los hombres con la guerra no beneficia a ninguno de los dos. Estos estereotipos perjudican tanto a hombres pacifistas como a mujeres combatientes, al afirmar que el lugar de la mujer es en el ámbito privado como no combatiente y que el rol del hombre es el de ser guerrero (ELSHTAIN, 1995, p. 4). A pesar de que Elshtain ha criticado estos roles tradicionales, ella no apoya la admisión de las mujeres en las fuerzas armadas, argumentando que sólo van a representar un trofeo y que no van a conseguir tener poder real como ellas creen. (ELSHTAIN, 1995, p. xi)

Para Cynthia Enloe (Profesora e investigadora del Departamento de Desarrollo Internacional, Comunidad y Medioambiente de la Universidad de Clark en Worcester, Massachusetts) las miradas de género son un importante instrumento de análisis, destacando que las relaciones de género son, de hecho, relaciones de poder que persisten en cada aspecto de la política estatal. Ella hace hincapié en que a pesar de que las experiencias de las mujeres son invisibles, y que no se toman en cuenta los servicios que ofrecen a sus comunidades, las mujeres tienen un rol muy útil en el mantenimiento de las relaciones internacionales al realizar un trabajo no reconocido en turismo, diplomacia, agricultura, textil, servicios domésticos, o su trabajo en las bases militares (ENLOE, 1990, p1-5). La masculinidad de los hombres se construye y mantiene en correlación con los servicios sexuales de las mujeres. Por lo tanto, el patriarcado del que están embebidas las relaciones internacionales, objetiviza

sexualmente a las mujeres para el desarrollo apropiado de sus actividades (ENLOE, 1990, p.197). A pesar de que las mujeres contribuyen con el desarrollo de las relaciones internacionales, ellas son vistas como meras víctimas ya sea en un conflicto, o en las fuerzas armadas (ENLOE, 2000, p. 235-244). Enloe considera que el concepto de poder en las relaciones internacionales debe incluir también la contribución de las mujeres en ese campo. Incluso subraya la importancia de un concepto reconstruido que elimine las relaciones de poder (ENLOE, 1990, p. 195).

J. Anne Tickner, (profesora feminista de Relaciones Internacionales en la Universidad de Southern California), agrega algunas críticas importantes a las teorías tradicionales de relaciones internacionales y también a las teorías de seguridad, al considerar que es necesario valorar también el papel de las mujeres en el mantenimiento de la paz y en la promoción de la seguridad, no sólo en su papel de soldados y oficiales (TICKNER, 2001, p. 37, 127-130). Argumenta a favor de cambios institucionales como el aumento del acceso de las mujeres a las fuerzas armadas y el incremento de su rol para alcanzar la paz global sostenible, insistiendo en que las mujeres, dada su posición de madres, esposas y ciudadanas defensoras² pueden ofrecer una perspectiva diferente sobre la guerra (TICKNER, 2001, p. 60). También critica el concepto de ciudadanía, sugiriendo que está imbuido de una mirada hegemónica sobre la masculinidad y correlacionada con una feminidad devaluada. La construcción social de una feminidad devaluada hace que se perpetúe el “mito del protector/protegido”, que ha permitido que los hombres subyuguen a las mujeres debido a sus presuntas vulnerabilidades (TICKNER, 2001, p. 25-28, 34-35)

Tickner sostiene que la perspectiva feminista que valora el universo relacional podría contribuir en la reconstrucción del concepto de seguridad. El universo relacional impone la necesidad de cooperar con “el otro” (Estado, organización, comunidad próxima). Por lo tanto, este tipo de universo es diferente de uno dicotómico o competitivo. En este sentido, argumenta que el enfoque de seguridad que se basa en la inseguridad de otros Estados es insostenible. Un enfoque feminista de la seguridad no considera como referente a cualquier Estado en abstracto sino más bien a los seres humanos en sí mismos (TICKNER, 2001, p. 83).

3 Estrategias de seguridad desde la perspectiva de la OTAN y de la UE

Como se señaló anteriormente, tener seguridad es visto como sinónimo de tener seguridad militar. Los Estados tienen el monopolio de la violencia y pueden usarla legítimamente en caso de emergencia. En estas condiciones, el único objetivo de los Estados es preservar su territorio y soberanía, y usar legítimamente la violencia para eliminar cualquier amenaza a sus intereses nacionales (CHENOY, 2005, p. 168). La seguridad de los ciudadanos es percibida como equivalente a la seguridad del Estado. (STEANS, 1998, p. 104-107).

El 9/11 condujo a un cambio de perspectiva en lo que concierne al enfoque sobre la seguridad, incluso para los aliados de EEUU. La doctrina Bush de la guerra preventiva fue un incentivo para considerar que la seguridad en todo el mundo depende de la guerra contra el terrorismo. En nombre de la libertad y la seguridad,

el gobierno de Bush invocó el artículo 5 del Tratado de Washington, que expresa que los aliados de la OTAN deben siempre ayudarse mutuamente frente a los ataques. “La OTAN disuadirá y se defenderá contra cualquier amenaza de agresión y contra los emergentes desafíos a la seguridad cuando amenacen la seguridad fundamental de los aliados o a la Alianza en su conjunto” (NATO, 2010, p. 7).

Al obedecer al proyecto de EEUU de la guerra contra el terrorismo, “los gobiernos aliados comercian la soberanía nacional a cambio de apoyo y protección de parte de EEUU, real o imaginaria” (KIRK, 2008, p. 39). Los ciudadanos de todos los Estados aliados se vieron afectados cuando gran parte de sus presupuestos normalmente destinados a promover el acceso igualitario a la educación, salud, a los campos políticos o económicos, fueron reorientados hacia la defensa. Así, los gobiernos aliados perdieron el apoyo de sus electores. Ser miembro de la alianza OTAN implica dedicar un gran presupuesto a los gastos militares, porque los Estados deben estar en un “proceso continuo de reforma [militar], modernización o transformación” (NATO, 2010, p. 9). Consecuentemente, cuando se recortan los presupuestos, se refuerzan las desigualdades estructurales y el militarismo impone la violencia estructural (CAPRIOLI, 2004, p. 412-413)

Los deberes asumidos por la OTAN para alcanzar la seguridad de todos sus miembros son: defensa colectiva, gestión de crisis y seguridad cooperativa (NATO, 2010). La OTAN cumple con estos deberes a través del uso de todos los medios políticos y militares necesarios. El Concepto Estratégico de la OTAN se basa en los principios de los enfoques tradicionales de relaciones internacionales, que ven al sistema internacional como anárquico y hostil y por lo tanto, concluyen que la soberanía y seguridad de los Estados, sólo pueden ser alcanzadas mediante el aumento del poder militar (CHENOY, 2005, p. 168; THICKNER, 2001).

Aun asumiendo que la gestión de crisis y la seguridad cooperativa pueden aportar beneficios reales tanto para los ciudadanos de los países aliados, como no aliados, si los objetivos de las operaciones de la OTAN continúan siendo conseguir “una combinación apropiada de capacidades nucleares y militares”, la seguridad general continuará estando en peligro. La OTAN no va a promover el desarme puesto que la OTAN en sí, va a continuar siendo una alianza nuclear y sus elementos centrales continúan siendo:

El mantenimiento de una combinación apropiada de fuerzas nucleares y convencionales, el mantenimiento de la habilidad de sostener las principales operaciones conjuntas y varias operaciones menores para la defensa colectiva y la respuesta a las crisis, [sic] desarrollar y mantener fuerzas convencionales robustas, móviles y desplegables.

(NATO, 2010, p. 6-14)

Hay una fuerte contradicción entre la “garantía suprema de la seguridad, representada por las fuerzas nucleares estratégicas de la Alianza” por un lado, y el supuesto objetivo de prevenir conflictos y las políticas de desarme por el otro (NATO, 2010, p. 14, 20, 23).

La OTAN colabora con otros actores como ONU y UE para el mantenimiento de paz, estabilidad y seguridad en el mundo. Incluso si la OTAN declara que acepta

las nuevas medidas adoptadas por el Tratado de Lisboa concernientes a la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD), a lo largo de los años han existido tensiones entre OTAN y UE sobre las capacidades de la UE (VAN HAM, 2000, p. 215).

Los objetivos de la PESD son prevenir el conflicto y participar en la reconstrucción de zonas post conflicto proveyendo capacidad civil y militar en las siguientes áreas: fuerzas de policía, administración de la ley, administración civil y protección civil. El Tratado de Lisboa dio un paso más en la construcción de la PESD al crear el cargo de un Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, al adoptar la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” y al ratificar la “Carta de Derechos Fundamentales de la UE”. A pesar de los cambios significativos que se han realizado en lo que respecta a la defensa de la UE, el control sobre la capacidad militar continúa estando en el nivel nacional.

Al igual que la OTAN, la Unión Europea considera que el terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva representan dos de las principales amenazas para la seguridad global. Sin embargo, la UE considera que el crimen organizado, los Estados fallidos y los conflictos regionales, son amenazas igualmente importantes a las cuales se debería prestar la debida atención, para evitar el estallido de conflictos. Por lo tanto, uno de los principios clave de la Estrategia Europea de Seguridad (EES) es tener seguridad por medio de la “difusión del buen gobierno, apoyo a las reformas políticas y sociales, combate a la corrupción y al abuso de poder, instauración de la supremacía de la ley y protección de los derechos humanos” (EUROPEAN UNION, 2003, p.10).

Dado el tipo de amenazas que atentan contra la seguridad global, la Unión Europea considera que debe desarrollarse una acción constante para la prevención del conflicto y de las amenazas. La UE admite que ninguna de las amenazas anteriormente mencionadas puede ser erradicada sin la coordinación de esfuerzos económicos, políticos, jurídicos, militares, de policía y humanitarios (EUROPEAN UNION, 2003, p. 7-11). Por lo tanto, si la “seguridad es una precondition para el desarrollo”, esto requiere una variedad de acciones, desde diplomáticas, de negociación, de comercio, hasta de desarrollo y de reconstrucción (EUROPEAN UNION, 2003, p. 2). La Unión Europea está intentando tener seguridad para sus ciudadanos a través del desarrollo de programas que apoyen la igualdad de oportunidades, la justicia y la protección de los derechos humanos.

Si antes de la elección del Presidente Obama, la OTAN se basaba en el desarrollo de sus “capacidades militares duras” y la UE en sus “capacidades blandas”, el cambio hacia un “poder inteligente” fue adoptado por ambas. Mientras que el “poder duro” consiste en medidas restrictivas impuestas por el poder militar, económico y financiero, y el “poder blando” incluye medidas que implican la diplomacia, la negociación, cláusulas sociales y económicas para la reconstrucción; el concepto de “poder inteligente” combina las características de estos dos conceptos y construye una “estrategia integrada” (CSIS Commission on Smart Power apud LECOUTRE, 2010, p. 4-5).

Al comparar el Concepto Estratégico de la OTAN (NSC sus siglas en inglés), y la Estrategia de Seguridad Europea, puede observarse que para la OTAN, el objetivo máximo es la seguridad del Estado, mientras que para la UE, es la seguridad de los ciudadanos de la UE. La EES considera todo tipo de amenazas, al explicar el proceso

de interdependencia entre las mismas y al ofrecer soluciones válidas para confrontar estas situaciones. La EES se enfoca en sus “capacidades blandas” para abordar todo tipo de problema que pueda afectar la seguridad de los ciudadanos y argumenta que el uso del enfoque exclusivamente militar no es sostenible.

Los conceptos abstractos “duro” y “blando” en referencia a las capacidades de estas organizaciones son la encarnación de todo el pensamiento patriarcal que define como valioso a un enfoque masculinizado de lo militar y a un enfoque feminizado para los civiles. Ninguna estrategia hace referencia al género, asumiendo un enfoque neutro en términos de género, que ha sido ampliamente criticado por las feministas por enmascarar una perspectiva masculina (HUDSON, 2005, p. 157; TICKNER, 2001). Aun si ninguna de las estrategias se refiere directamente a las mujeres, el NSC es un enfoque masculino y militarizado de la seguridad, mientras que EES es un enfoque menos militarizado, debido a que se centra en los ciudadanos, siendo una versión situada entre la perspectiva militarizada y el enfoque de la Seguridad Humana. Una perspectiva feminista sobre seguridad podría generar una asociación sostenida con el enfoque de la seguridad humana, extendiendo la comprensión básica de este concepto, a la inclusión de cuestiones específicas de las mujeres (HUDSON, 2005, p. 157).

Al considerar la cohesión social, igualdad de oportunidades, igualdad de género, la Unión Europea puede ser un aliado importante para aquellos que luchan contra la violencia de género. Esta “cultura política femenina” que está caracterizada por la democracia, la confianza y la participación, puede proporcionar un buen soporte para integrar el género en los principales enfoques de seguridad y para construir consecuentemente una perspectiva más inclusiva de los intereses de las mujeres en este terreno (Hubert apud LICHT, 2006, p. 210).

4 Críticas feministas a las resoluciones internacionales sobre mujeres, la paz y la seguridad³

Uno de los momentos más importantes en el tratamiento de la seguridad de las mujeres fue el de la adopción de las resoluciones de la ONU: 1325, 1820, 1888, 1889, y 1960 (UNITED NATIONS, 2000, 2008, 2009a, 2009b, 2010). La adopción, en octubre de 2000, de la resolución “Mujeres, Paz y Seguridad”, fue el resultado del *lobby* de las organizaciones de mujeres y organizaciones feministas por la paz y la seguridad (UNITED NATIONS, 2000). La resolución 1325 del Consejo de Seguridad de la ONU (CS) es la primera que reconoce el rol activo de las mujeres en la prevención del conflicto y en el proceso de construcción de paz. Uno de los grandes méritos de la resolución fue la propuesta de integrar una perspectiva de género en todos los documentos que están vinculados a la prevención del conflicto, acuerdos de paz y mantenimiento de paz.

Esta resolución se basa en la necesidad de la activa participación de las mujeres como participantes iguales, “en todos los esfuerzos por el mantenimiento de la paz y de la seguridad y en el proceso de decisión para la prevención y solución de conflictos” (UNITED NATIONS, 2000). El Consejo de Seguridad requirió que todos los Estados miembros aseguraran una mayor participación de las mujeres en todos los niveles de decisión relativos al mantenimiento y construcción de la paz, a la prevención del

conflicto y a la reconstrucción post conflicto, y que adoptaran las medidas de apoyo financiero necesarias que podrían determinar la implementación de sus objetivos.

La Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (RCSNU) recomienda fuertemente que las mujeres ocupen posiciones de representación del Secretario General de la ONU y sean enviadas para “ejercer los buenos oficios” en su nombre, y recomienda también ampliar el rol de las mujeres, “especialmente entre los observadores militares, policía civil, [y] personal dedicado a los derechos humanos y humanitario” (UNITED NATIONS, 2000, p. 1-2). La Resolución menciona que el Consejo de Seguridad de la ONU (CSNU) “*expresa su voluntad de incorporar una perspectiva de género en las operaciones de mantenimiento de paz y urge al Secretario General a garantizar que, cuando sea apropiado, las operaciones en el territorio incluyan un componente de género*”⁴ (UNITED NATIONS, 2000, p. 2). Con el fin de incorporar una perspectiva de género, el CSNU propone la adopción de algunas medidas que mejorarían el estatus de mujeres y niñas en situaciones de conflicto. Esto incluye medidas acerca de las necesidades especiales de mujeres y niñas, medidas que estimulen la participación de las mujeres en todas las etapas de la implementación de acuerdos de paz y “medidas que garanticen la protección y el respeto de los derechos humanos de mujeres y niñas” (UNITED NATIONS, 2000, p.3).

Para alcanzar este objetivo, el CSNU recomienda que los Estados monitoreen tanto el impacto del conflicto armado en mujeres y niñas, como el impacto del proceso de construcción de la paz en un conflicto o en una sociedad post conflicto. Para el mismo fin, el CS declara que colaborará con las organizaciones de mujeres y feministas locales e internacionales (UNITED NATIONS 2000, p. 3).

Con relación a la adopción de esta resolución, las feministas concuerdan con que es un buen comienzo para que la normativa internacional incorpore ideas feministas, con el fin de promover la “igualdad de género y garantizar la paz”, pero critican la forma superficial en la que se incorporan estas ideas, pues le quita su valioso contenido (OTTO, 2009). Diane Otto, especialista en derecho internacional y feminista, argumenta que “la recepción institucional y el manejo de las ideas feministas sirve para despojarlas de su contenido emancipatorio” al incorporarlas de manera cooptada en lugar de utilizarlas por su potencial de “gobernanza feminista” (OTTO, 2009). Si la “gobernanza feminista” supone intencionalidad en los resultados de implementar poder legal o institucional a las mujeres, la “cooptación” por el contrario implica incorporar las ideas feministas sin ningún interés real de hacerlo.

Para que una norma internacional pueda tener resultados positivos en lo que respecta al rol de las mujeres en la construcción y mantenimiento de la paz y en el mantenimiento de la seguridad, el lenguaje que utilice debe ser inclusivo de género y reconocer a las mujeres como autónomas y portadoras de derechos humanos en estos procesos. Segundo, este tipo de resoluciones crea un ambiente institucional para el debate de ideas feministas y por lo tanto, para una nueva forma de construcción política en esta área. A su vez le da legitimidad al desarrollo de nuevas redes y organizaciones en el ámbito de los derechos de las mujeres (OTTO, 2009). No puede negarse el rol positivo de las organizaciones internacionales en tanto que actores, en la definición de un rol constructivo para las mujeres en un área que tradicionalmente enfatiza la perspectiva de los hombres. Las limitaciones para obtener resultados

positivos, pueden atribuirse al motivo por el cual se adoptan estas resoluciones, principalmente, para aumentar la legitimidad de las acciones de la ONU y no para empoderar a las mujeres. Esto se demuestra a través de la forma en la que se describe a las mujeres en el texto de las resoluciones. Ellas están asociadas con los niños, la paz o las víctimas, siendo vistas de esta forma, como vulnerables. En la formulación del texto se usa la perspectiva de género para aumentar la legitimidad, sin embargo, falta el vínculo entre la perspectiva feminista mencionada y el contenido de las resoluciones. Este argumento se refuerza por el hecho de que las críticas feministas al militarismo de la ONU no son tomadas en cuenta. Estas críticas provienen de la argumentación feminista de que una sociedad con un alto nivel de igualdad de género tiene mayor tendencia a medidas pacíficas (CAPRIOLI; BOYER, 2001).

Como se mencionara anteriormente, las feministas también han criticado duramente la forma de las resoluciones. Primero, deberíamos mencionar el hecho de que las mujeres, así como los niños, se presentan sólo como víctimas. Las resoluciones reflejan la tendencia a evaluar el papel de las mujeres en los procesos de seguridad en base a un tipo de esencialismo que asocia a las mujeres con la paz y que también las define como las principales víctimas de la guerra y las que necesitan protección. (CHARLESWORTH, 2008, p. 351). Las feministas de las relaciones internacionales consideran que es necesario que las mujeres superen el estatus de víctimas o pacifistas, para ser verdaderamente empoderadas en el proceso de lograr la igualdad de género en las instituciones a las que se les delega la seguridad y su mantenimiento (TICKNER 2001, CAPRIOLI; BOYER, 2001). Diane Otto señala que:

La resolución 1325 continúa invocando muchas otras representaciones independientes y autosuficientes de las mujeres como personal de mantenimiento de paz, incluyendo “observadoras militares, policía civil, trabajadoras de los derechos humanos y humanitario, como participantes en la construcción de la paz, como defensoras de la paz e implementadoras de acuerdos de paz, como portadoras de derechos humanos, como refugiadas y ex combatientes, a la vez que representa a las mujeres como víctimas de los conflictos armados y con necesidades especiales de repatriación y relocalización, y como quienes necesitan protección en tanto que civiles durante el conflicto armado y requiriendo medidas ‘especiales’ para protegerlas de la violencia de género.

(OTTO, 2009)

La crítica teórica de Elshtain puede aplicarse también a las resoluciones, ya que ella señala el hecho de que la sociedad retrata a los hombres como *Guerreros Justos*, y a las mujeres como *Almas Bellas* (ELSHTAIN, 1995) y que esta no es una buena estrategia para ninguno de los dos. Estos estereotipos perjudican tanto a los hombres pacifistas como a las mujeres combatientes (ELSHTAIN, 1995, p.4). Éstos argumentan que el lugar de las mujeres es en la esfera privada, como no combatientes y que el rol de los hombres es ser guerreros (ELSHTAIN, 1995, p. xi). Los hombres son tanto el tema de la guerra como sus narradores, mientras que las mujeres deben permanecer en el ámbito privado y su estatus es el motivo para la guerra de los hombres (SYLVERSTER, 2004, p. 4). Las feministas han argumentado que al usar un discurso muy técnico, estas teorías no toman en cuenta las vidas humanas y por lo tanto, el rol de las mujeres

se limita a ofrecer una perspectiva moral sobre la guerra (ELSHTAIN, 1995, p. 75).

Otto resalta el uso del género en el contexto institucional. “El término es entendido como sinónimo de temas de mujeres, lo que limita significativamente su progresividad, ya que la competitividad entre las concepciones de feminidad y masculinidad, así como su relacionalidad, es ignorada.” (OTTO, 2009).

La asociación de las mujeres con los niños, las hace ser vistas como madres y, de esta forma, como pacifistas, y vulnerables en las zonas de conflicto. La historia de los conflictos armados contradice esta percepción de las mujeres como pacifistas; las mujeres bomba suicidas y las combatientes son sólo dos ejemplos (SJOBERG; GENTRY, 2007). Esta asociación de las mujeres con los niños enfatiza sus vulnerabilidades como madres en el contexto del conflicto, omitiendo el hecho de que las vulnerabilidades se originan más bien en general, a partir del aumento de la desigualdad de género en una sociedad (CARPENTER, 2006).

Nadine Puechguirbal señala que

Las mujeres no son más vulnerables de por sí en tiempos de guerra; se vuelven más vulnerables a causa de las desigualdades preexistentes en las así llamadas sociedades pacíficas. [...] Como resultado, las mujeres continúan siendo asociadas con niños en la esfera privada y por extensión, sus necesidades son definidas en concordancia con las necesidades de niños y niñas en áreas de conflicto.

(PUECHGUIRBAL, 2010, p. 176).

Al ser percibidas como las que dan vida y las responsables de los cuidados, en las sociedades donde existen jerarquías de poder en base al género, las mujeres son vistas como incapaces de asumir un rol dinámico en las negociaciones de paz o en la resolución de conflictos.

La asociación de las mujeres con las víctimas proviene de los estereotipos de los roles de los hombres y de las mujeres. Estos estereotipos representan a los hombres como los fuertes, poderosos y autoritarios y a las mujeres, como débiles, vulnerables, pasivas. Debido a estos estereotipos, las mujeres son vistas como víctimas de guerra y, los hombres como protectores/guerreros/quienes hacen la política.

Estas críticas a las nociones de seguridad dominadas por lo masculino, han ayudado a reformular el concepto de seguridad en una forma que permite una respuesta más integral sobre la paz y la seguridad, una que sea inclusiva, más que excluyente, y que empodere a aquellos que anteriormente eran invisibles para el discurso y la práctica de la seguridad.

(WILLETT, 2010, p. 146)⁵

Estos supuestos estereotipados sobre roles de los hombres y de las mujeres no sólo niegan el rol de las mujeres como combatientes activas, sino que también niegan que los hombres pueden ser víctimas del conflicto (MOBEKK, 2010, p. 288-289). Estos tipos de supuestos destacan un tipo de esencialismo específico de las organizaciones internacionales. Esto trae a la luz otra limitación importante del discurso de la ONU sobre las víctimas del conflicto armado. El discurso oficial de la ONU generalmente asocia “víctimas” con “mujeres y niños”. Puechguirbal argumenta que, con una mirada

más afinada, los hombres y no las mujeres no combatientes, son más generalmente las víctimas del conflicto armado (2010, p. 176, 181). La asociación de las mujeres con las víctimas está integrada en una argumentación de que las mujeres pacíficas son víctimas del conflicto y que por lo tanto, necesitan la protección de los hombres que están más inclinados al conflicto que ellas.

Como se explicó anteriormente, las críticas feministas a que la mujer sea asociada con niños, la paz o las víctimas no pueden ser tomadas por separado. Estas asociaciones están interconectadas, principalmente, con el fin de destacar el rol mínimo que tienen las mujeres en el ámbito de la resolución de conflictos y del establecimiento de la paz. Esta enfatización se produce en sociedades con claras jerarquías de género donde las dicotomías como mujer y paz, mujer y víctimas, mujer y niños prevalecen. Estas dicotomías desvalorizan a la mujer y de esta forma construyen estereotipos también para los hombres – hombre y guerra, hombre y protector, hombre y agresor. Una de las principales críticas feministas a las resoluciones de la ONU se basa en el hecho de que las mismas están construidas sobre estas dicotomías y, por lo tanto, refuerzan la relación de poder jerárquico de género en la sociedad y más particularmente, en la zona de conflicto.

Otra crítica importante a las Resoluciones se refiere a la forma inapropiada en la que fueron adoptadas. Específicamente, cuando se trata de la inclusión de la perspectiva de género en las resoluciones, los funcionarios de la ONU no tuvieron en cuenta las sugerencias feministas. En consecuencia, estas resoluciones se refieren al género con relación sólo a las mujeres, no a los hombres (CHARLESWORTH, 2008, p. 351). El género representa una construcción social que define relaciones de poder. La dinámica de las relaciones de poder entre los géneros se distiende cuando se equipara únicamente a lo femenino. Género es un concepto que supone la existencia de relaciones estructurales, lo que significa que las normas y las jerarquías son relaciones institucionalizadas de dominio y no dominio (HOOGENSEN; STUVØY, 2006, p. 216; GROVES; RESURRECCION: DONEYS, 2009, p. 193-194). Una redefinición feminista de la seguridad, promoverá la colaboración entre mujeres y hombres y por lo tanto, ambos se verán beneficiados (HUDSON, 2005, p. 156).

Otra de las críticas se basa en el hecho de que a pesar del importante rol de las mujeres en la prevención del conflicto y en la construcción de la paz, no tienen la oportunidad para participar visiblemente en las iniciativas. Para garantizar la paz sostenida es importante que las mujeres sean incluidas, dado que representan a más de la mitad de la población, que garantizan la continuidad familiar, y que han sido constantemente objeto de discriminación y de relaciones desiguales de género, y por lo tanto, están más propensas a sentir empatía con las víctimas del conflicto (WALLSTROM, 2010).

Una de las limitaciones de las Resoluciones se debe al hecho de que no se constituyen como tratados vinculantes sino, por el contrario, sólo comprenden un conjunto de directivas sin crear mecanismos de cumplimiento. En consecuencia, Willett señala que:

Faltan recursos para apoyar a las asesoras de género en el terreno, para apoyar el entrenamiento de las fuerzas de paz y concientizarlas en términos de género, para

entrenar a las mujeres como fuerzas de paz, mediadoras, negociadoras y para altos cargos diplomáticos, para priorizar las necesidades de las mujeres en la construcción de la paz y para fortalecer a los grupos locales de mujeres por la paz y sus prioridades de seguridad y sus iniciativas

(WILLET, 2010, 143).

Por lo tanto, se puede observar una falta de consistencia entre el objetivo de las Resoluciones y su aplicación en la práctica. “Hasta que las políticas se traduzcan en una práctica significativa, la inclusión institucional de las mujeres es sólo un juego de sombras” (OTTO, 2009).

Debido al descontento generado por la falta de responsabilidad del CSNU en la implementación de las resoluciones, feministas y organizaciones de mujeres presionaron para que se adoptase otra resolución que resolviera el problema. Desafortunadamente, la adopción de la Resolución CSNU 1820 no remedió significativamente la falta de responsabilidad del CSNU. Incluso, se puede decir que los objetivos de esta resolución son aún más limitados que los de la primera. Esta nueva resolución apunta al problema de la violencia sexual, usada como ‘táctica de guerra’ contra las mujeres durante y luego del período del conflicto armado. Esta resolución no consigue aumentar “el potencial de las mujeres para hacer valiosas contribuciones a la resolución del conflicto y al establecimiento de la paz”, y las trata nuevamente como víctimas de guerra, lo que se manifiesta en el uso del lenguaje “mujeres y niños”, y en el supuesto estereotipado de que las mujeres necesitan protección debido a su exposición a la violencia sexual (OTTO, 2009).

Aún si “rechaza la idea de que la violencia sexual es una expresión ‘natural’ de la masculinidad”, la resolución trata a este problema “como una ‘realidad establecida’ en la vida de las mujeres” (OTTO, 2009). El CSNU considera que el abuso sexual sólo puede ser ‘resuelto’ de forma legal omitiendo establecer un plan para enfrentar la base neurálgica de este tipo de violación de los derechos humanos. Proponer sólo medidas que suponen la necesidad de frenar este tipo de actividad masculina, evidencia la convicción de que las mujeres son vistas como “indefensas frente a la violencia sexual y de que es inútil defenderse” (OTTO, 2009).

En consecuencia, continúa vigente la crítica feminista de que la ONU no consigue incorporar la igualdad de género como un componente político. La resolución 1820 no reconoce que la desigualdad de género es un factor que permite que exista la violencia sexual. “En ausencia de un compromiso con la igualdad de género, y a pesar de que aprueba desacreditar los mitos, la *Resolución 1820* está basada en el viejo argumento de las certezas biológicas, que acepta a la desigualdad de género como algo natural y a los conflictos como inevitables” (OTTO, 2009).

Frente a la crítica feminista concerniente al tipo de actor mujer que la ONU menciona en la Resolución 1325, la ONU no puede afirmar que ha luchado de manera creíble contra la violencia sexual. Una respuesta de la ONU debería haber implicado la propuesta de algunas medidas de empoderamiento para las mujeres y estrategias de participación para las mujeres que han pasado por este tipo de experiencias y para que se transformen en agentes del cambio social, estimulándolas a ser parte de la “capacitación en autodefensa y acciones colectivas” (OTTO, 2009). “Este tipo de

medidas abordaría las causas de la violencia de género al tratar a las mujeres como sujetos completos y competentes de la normativa y política internacional, en lugar de fortalecer la mitología de que las mujeres son siempre las víctimas que necesitan ser rescatadas” (OTTO, 2009).

Desde 2008 hasta el presente, la ONU adoptó otras tres resoluciones concernientes a la situación de las mujeres en conflictos armados. Si la resolución del CSNU 1820 establece el marco para tratar la problemática de la violencia sexual, la resolución del CSNU 1880 da un paso más allá al abordar la necesidad del balance de género, recomendando para resolver este problema que las mujeres asuman un rol como fuerzas de paz.

La resolución resalta la importancia del enrolamiento de las mujeres en las actividades de mantenimiento de paz. Por ejemplo, las mujeres miembro de las fuerzas de paz han probado ser de gran ayuda en las sociedades musulmanas, donde han desarrollado ciertas tareas de una forma más apropiada. Para llevar a cabo las operaciones de mantenimiento de paz y de establecimiento de paz, las oficiales mujeres pudieron buscar a mujeres sospechosas sin violar la cultura musulmana. En áreas de conflictos hay ejemplos de hombres camuflados de mujeres musulmanas, o incluso mujeres bomba suicidas (MOBEKK, 2010, p. 281).

No obstante, la importancia de la resolución 1880 palidece frente a los tipos de argumentos que emplea. En efecto, la resolución refuerza el viejo mito que presenta a las mujeres como inherentemente pacíficas, vulnerables o madres. Un ejemplo elocuente es el supuesto de que en un área de conflicto, las mujeres y los niños se sentirían más confortables en la presencia de mujeres en las fuerzas de paz, o incluso su propio ejemplo las estimularía a enrolarse en su policía nacional o fuerzas armadas. (UNITED NATIONS, 2008, p. 2).

Este tipo de esencialismo “puede llevar al supuesto de que cuando las mujeres son incluidas en las fuerzas de seguridad [es porque] están mejor preparadas que los hombres para lidiar con violaciones y violencia contra las mujeres.” (MOBEKK, 2010, p. 286). Todos los miembros de las fuerzas armadas o de las fuerzas de policía deberían recibir la capacitación adecuada para lidiar con ese tipo de situaciones, por lo tanto, no hay garantía de que las mujeres estén más capacitadas o quieran desarrollar este tipo de tareas. Para incorporar la perspectiva de género y el balance de género es importante que las mujeres tengan acceso a todo tipo de tareas, no sólo a aquellas tareas enmarcadas en la normativa de género y que desvalúen su trabajo. La reafirmación del esencialismo anteriormente mencionado expresa que los hombres son contruidos para servir como protectores y como quienes hacen la política, mientras que los roles activos de las mujeres en la resolución del conflicto y en la construcción de la paz continúan estando idealizados y subvalorados (WILLET, 2010, p. 143). Incluso si existen estudios sobre el uso de la fuerza por parte de oficiales mujeres que las retratan como menos violentas, como capacitadas para desactivar “situaciones potencialmente violentas” y como menos posicionadas para implementar la policía comunitaria, el esencialismo de la resolución devalúa su trabajo, sus logros y sus habilidades (WILLET, 2010, p. 143).

Las feministas critican las operaciones de establecimiento y mantenimiento de paz debido a su cultura hegemónica y masculinizada (WILLET, 2010, p. 147). Esta afirmación se entiende si se considera que dichas operaciones son conducidas por las

fuerzas de seguridad masculinizadas de los Estados Miembro. La masculinidad de las fuerzas de seguridad se ve reforzada por el supuesto de que los hombres tienen el rol de los protectores de las mujeres y niños. La norma masculina en este tipo de operaciones está representada a través de “un conjunto de comportamientos y actitudes que privilegian la dureza física [y] la bravura del macho heterosexual”, construida a través de “la denigración de las mujeres y la feminidad” (PUECHGUIRBAL, 2010, p. 174). De esta forma, el vínculo ‘natural’ entre protectores y protegidos explica la movilización de fuerzas de paz.

Las fuerzas de paz/protectores ‘naturales’ no sólo tienen los recursos físicos colectivos para ejercer con autoridad el poder militar, sino que también asumen que son más capaces de pensar de forma estratégica y racional [...] Para que las fuerzas de paz/protectores ejerzan esta forma de superioridad deben existir “protegidos” contruidos socialmente. Por lo general, esto se constituye en la forma de mujeres y niños indefensos, víctimas del conflicto. En las estructuras binarias de la paz liberal, la feminización de los protegidos es el corolario necesario del masculinizado protector/fuerza de paz.

(WILLET, 2010, p.147)

Infelizmente la última resolución analizada no mejora el contenido. El lenguaje de la resolución 1880 se inscribe en el estándar de las resoluciones de la ONU, imponiendo su lenguaje masculino en los documentos de las fuerzas de paz y lo que a la vez se traduce en la estructura de relaciones de poder de dichas operaciones. El mito del protector/protegido, de las mujeres indefensas frente a la violencia sexual, los mitos de las mujeres oficiales inherentemente pacíficas perpetúa “la visión de los roles de género que refuerzan desigualdades e impiden el avance de la perspectiva de género” (PUECHGUIRBAL, 2010, p.173).

Aún si se desarrollaron directivas de género para el personal militar en operaciones de mantenimiento de paz para facilitar la implementación de las resoluciones de la ONU, la situación en el campo demuestra que no se alcanzó el resultado esperado en las resoluciones. “Las medidas disciplinarias militares [y] el entrenamiento de tropas sobre la categórica prohibición de todo tipo de violencia sexual contra civiles” (UNITED NATIONS, 2008, p. 4) no elimina o disminuye el número de casos de mala conducta contra sus colegas mujeres o contra civiles. Frecuentemente,

Las fuerzas de paz pueden transformarse en predadores sexuales frente a las vulnerabilidades de las mujeres locales, conspiran para hacer invisible la inseguridad de las mujeres en situaciones de conflicto y en sociedades post- conflicto, ignoran las voces proactivas de los grupos de mujeres por la paz, y en muchos escenarios -en connivencia con los jefes y comandantes militares-, refuerzan el privilegio masculino y el poder, e imponen la subordinación de las mujeres en el período subsiguiente a la guerra.

(WILLET, 2010, p. 147).

La resolución del CS 1889 trata sobre la sub-representación de las mujeres en “todas las etapas de los procesos de paz, particularmente el muy escaso número de mujeres

en funciones oficiales en los procesos de mediación” (UNITED NATIONS, 2009b, p. 2). Puede observarse un cambio de perspectiva en lo que se refiere al rol de las mujeres en el conflicto armado. De esta forma, el contenido de esta resolución toma en consideración las críticas feministas en lo que se refiere a la necesidad de condenar el conjunto de los mitos patriarcales sobre la condición de las mujeres, “acentuando la necesidad de enfocarse no sólo en la protección de las mujeres, sino también en su empoderamiento para la construcción de la paz” (UNITED NATIONS, 2009b, p.2). Sin embargo, al no establecer un plan de implementación de dichas metas, este pequeño progreso continúa siendo superficial y el texto de la resolución sigue vacío. La promoción de políticas de igualdad de género en zonas de conflicto es un objetivo que no puede ser alcanzado si la ONU se sigue caracterizando por “una norma masculina...” que domina todas las esferas de toma de decisión en “representación de otros hombres y mujeres”, siendo legitimado por un proceso de institucionalización. (PUECHGUIRBAL, 2010, p. 182).

La resolución del CS 1960 hace hincapié en la necesidad de seguir las directivas de las Resoluciones 1820 y 1888 con relación a la erradicación de la explotación sexual en áreas de conflicto y post-conflicto. Esta resolución no aporta nuevos elementos a la agenda internacional (UNITED NATIONS, 2010).

También expresa la necesidad de incluir un mayor número de mujeres militares en zonas de conflicto que podrían aportar sus perspectivas en el establecimiento de la paz y seguridad. Las feministas apoyan la idea del “defensor ciudadano”, que tiene acceso a las esferas de decisión política y militar, pero también argumentan que no es suficiente con que las mujeres representen un determinado porcentaje del staff militar y terminen por imitar el modelo establecido de comportamiento masculino (TICKNER, 2001). Así, uno de los límites más importantes de estas resoluciones desde una perspectiva feminista, es que las mujeres deben mejorar su estatus aparente para tener un rol importante en la conformación del concepto de defensa, en función de sus propios valores.

Desde la adopción de la primera Resolución sobre el rol de las mujeres en zonas de conflicto, la posición de la ONU sobre este tema no ha cambiado, pues no incluye las críticas feministas. Con la adopción de varias resoluciones con relación al tema, la posición de la ONU sólo acentuó más el rol pasivo de las mujeres como protegidas en las zonas del conflicto. La crítica feminista a la Resolución 1325 no fue tomada en cuenta por los funcionarios de la ONU, y estas resoluciones sólo acentúan más la asociación de las mujeres con niños, paz o víctimas.

5 Seguridad humana feminista como una alternativa a las estrategias de seguridad tradicionales

Si la perspectiva tradicional sobre seguridad es la expresión de un punto de vista predominantemente masculino que reproduce sólo las “estructuras patriarcales”, la perspectiva de la Seguridad Humana expresa una agenda más amplia con un rango más abarcador de las cuestiones de seguridad. Por esta razón, se lo etiqueta como “feminizado”, y por lo tanto no está a la altura del estándar impuesto (HOOGENSEN; STUVØY, 2006, p. 210). La Seguridad Humana es una

perspectiva que se centra en “la seguridad cotidiana de las personas” (SUTTON; MORGEN; NOVOKOK, 2008, p. 20), y el feminismo se preocupa por las experiencias cotidianas de las mujeres, por lo que podría haber una sólida asociación entre estos dos enfoques.

Naciones Unidas (ONU) propuso el enfoque de la seguridad humana particularmente con relación a las sociedades post- conflicto (GROVES; RESURRECCION; DONEYS, 2009, p. 190). Dentro de este enfoque hay dos líneas de pensamiento en base al tipo amenaza definida. La primera línea se enfoca en la violencia como fuente de inseguridad o “libertad del temor”, mientras que la segunda incluye más ampliamente: hambre, enfermedades, desastres naturales (SUTTON; MORGEN; NOVOKOK, 2008, p. 20). El enfoque de la ONU, “libertad de la miseria” se centra en una agenda más amplia, que incluye: seguridad económica, seguridad alimentaria, seguridad sanitaria, seguridad medioambiental, seguridad personal, seguridad comunitaria y seguridad política (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 1994, p. 24-25).

La ONU sostiene la visión de que la seguridad humana no es una alternativa a la seguridad estatal, sino “más bien la refuerza desde la perspectiva del individuo” (GROVES; RESURRECCION; DONEYS, 2009, p. 192). La seguridad humana legitima instituciones y gobiernos al apoyar el objetivo de lograr el desarrollo humano, los derechos humanos y la contribución de los actores no estatales (HUDSON, 2005, 165). Los métodos de la seguridad humana se centran en la diplomacia preventiva, la gestión del conflicto y el establecimiento de la paz post- conflicto, en desarrollar las capacidades económicas y del Estado y en el empoderamiento humano (SUTTON; NOVOKIK, 2008, p. 20).

Aún si esta perspectiva aborda los problemas que amenazan la seguridad de las personas, las feministas han argumentado que su ámbito debe expandirse de forma que incluya la violencia hacia las mujeres, la desigualdad de género, los derechos humanos de las mujeres, de forma que mujeres y hombres sean vistos como actores y no como víctimas (Woroniuk, apud GROVES; RESURRECCION; DONEYS, 2009, p. 191).

El análisis de género podría enriquecer la perspectiva de la seguridad humana, considerando que fue propuesta por altos funcionarios de organizaciones internacionales o de gobiernos nacionales, que pueden no tratar apropiadamente las experiencias y problemas de las personas “desde abajo”. De esta forma, “los enfoques de género brindan mayor crédito y sustancia a un concepto de seguridad más amplio, pero también permiten una conceptualización teórica que refleja más las preocupaciones de seguridad que emanan de “abajo hacia arriba” (HOOGENSEN; STUVØY, 2006, p. 2009). La perspectiva feminista sobre seguridad humana podría brindar un marco más libre para el campo de la seguridad.

El término “humano”, neutral en cuanto a género, que en principio representa tanto la perspectiva de los hombres como de las mujeres, “es en general expresión de lo masculino” (HUDSON, 2005, p. 157). Por lo tanto, un análisis de género podría dar espacio a las voces de las mujeres. También es una trampa cuando se consideran los conceptos tradicionales de género como universales, porque hay diferentes grupos de mujeres, con sus rasgos específicos y, por lo tanto, diferentes tipos de feminismo (HUDSON, 2005, p. 157). Además, la perspectiva de la seguridad humana no puede ser válida y tener credibilidad si es construida sólo por los “actores estatales

dominantes” e impuesta sobre aquellos que están en una posición más desventajosa (HOOGENSEN; STUVØY, 2006, p. 219). Una definición unilateral del concepto “perpetúa la distinción entre ‘nosotros’ y ‘ellos’: nosotros, los seguros, versus ellos, los inseguros” (HOOGENSEN; STUVØY, 2006, p. 219), hombres versus mujeres, mujeres blancas versus mujeres negras o latinas. Para evitar la construcción de una definición unilateral, se puede agregar “pensamiento relacional” al análisis de género. Este concepto es útil para la perspectiva de la seguridad humana porque introduce la subjetividad, la sensibilidad y también clarifica sus dimensiones de poder, desde el género (HUDSON, 2005, p. 169).

La seguridad humana se refiere al respeto por los derechos humanos, sosteniendo el establecimiento de una autoridad política legítima, definiciones multilaterales, la construcción de un enfoque de abajo hacia arriba, con eje en la prevención del conflicto (KALDOR; MARTIN; SELCHOW, 2007, p. 282-286). “Integrar el género en el concepto de seguridad humana más que aplicar la seguridad humana al género” va a garantizar que el concepto ofrezca un mejor entendimiento de la seguridad de las personas, mujeres y hombres, para que puedan alcanzar su objetivo en un ambiente seguro y positivo (HOOGENSEN; STUVØY, 2006, p. 219).

6 Conclusiones

Si las resoluciones internacionales no estimulan la igualdad de género y la participación de las mujeres, o no promueven los intereses de las mujeres, es porque no hay un poder real para generar un cambio institucional. Por este motivo, es importante que las mujeres sean vistas como actores reales en la consecución de la seguridad, el acceso de las mujeres a las fuerzas armadas no es suficiente para que haya igualdad de género y paz sostenible. Para que las mujeres sean verdaderas “defensoras ciudadanas” y promuevan sus valores e intereses en la política de defensa, es también necesario promover políticas que cambien la percepción de los roles de género, ayudar a promover a las mujeres en posiciones de toma de decisión y crear instituciones fuertes para prevenir y sancionar actitudes prejuiciosas y discriminatorias.

La sociedad e instituciones patriarcales, que han impuesto los roles diferenciados de género, son responsables por impedir el acceso de las mujeres a puestos altos en el área de la seguridad, negando así su derecho a contribuir en la construcción de una política de defensa con equilibrio de género. En consecuencia, el enfoque feminista sobre la seguridad humana, es el que mejor resalta los intereses de las mujeres sobre la seguridad.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- BUSH, George. 2001. **Address to a Joint Session of Congress and the American people**. Disponible en: <<http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>>. Visitado el: 10 Dic. 2010.
- CAPRIOLI, Mary. 2004. Democracy and human rights versus women's security: a contradiction? **Security Dialogue**, Oslo, Norway, v. 35, No. 4, p. 411-428.
- CAPRIOLI, Mary; BOYER, Mark A. 2001. Gender, violence, and international crisis. **Journal of Conflict Resolution**, Ann Arbor, Mich., v. 45, No. 4, p. 503-518, Aug.
- CARPENTER, R. Charli. 2006. **Innocent women and children: gender, norms and the protection of civilians**. Aldershot, England; Burlington, VT: Ashgate.
- CHARLESWORTH, Hilary. 2008. Are women peaceful? Reflections on the role of women in peace-building. **Feminist Legal Studies**, Dordrecht, Netherlands, v. 16, No. 3, p. 347-361, Dec. Disponible en: <<http://www.springerlink.com/content/847x4h5312430m18/>>. Visitado el: 15 Feb. 2010.
- CHENOY, Anuradha M. 2005. A plea for engendering human security. **International Studies**, New Delhi, India, v. 42, No. 2, p. 167-179, Apr. Disponible en: <<http://isq.sagepub.com/cgi/content/abstract/42/2/167>>. Visitado el: 10 Abr. 2009.
- COCKBURN, Cynthia. 2007. **From where we stand: war, women's activism and feminist analysis**. London: Zed Books.
- ELSHTAIN, Jean Bethke. 1995. **Women and war**. Chicago: University of Chicago Press.
- ENLOE, Cynthia H. 1990. **Bananas, beaches and bases: making feminist sense of international politics**. Berkeley, CA: University of Pandora Press.
- _____. 2000. **Maneuvers: the international politics of militarizing women's lives**. Berkeley, CA: University of California Press.
- _____. 2004. **The curious feminist searching for women in a new age of empire**. Berkeley, CA: University of California Press.
- EUROPEAN UNION. 2003. **A secure Europe in a better world: the European security strategy**. Brussels, 12 Dec. Disponible en: <<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/78367.pdf>>. Visitado el: 10 Dec. 2010.
- FRANCIS, Diana. 2004. **Rethinking war and peace**. London: Pluto Press.
- GLASIUS, Marlies; KALDOR, Mary. (Eds.). 2005. **A human security doctrine for Europe: project, principles, practicalities**. New York: Routledge.
- GOLDMANN, Kjell. 2005. Relațiile internaționale: o perspectivă de ansamblu [= International Relations a general perspective]. In: GOODIN, ROBERT E., KLINGEMANN, HANS-DIETER (Coords.). **Manual de Știință Politică** [= Handbook of Political Science]. Iasi: Polirom. Cap. 16, p. 353-374.

- GROVES, Gabrielle Eva Carol; RESURRECCION, Babette P.; DONEYS, Philippe. 2009. Keeping the peace is not enough: human security and gender-based violence during the transitional period of Timor-Leste. *Sojourn: Journal of Social Issues in Southeast Asia*, Singapore, v. 24, No. 2, p. 186-210, Dec. Disponible en: <<http://connection.ebscohost.com/c/articles/45729183/keeping-peace-not-enough-human-security-gender-based-violence-during-transitional-period-timor-leste>>. Visitado el: 3 February 2013.
- HOOGENSEN, Gunhild; STUVØY, Kirsti. 2006. Gender, resistance and human security. *Security Dialogue*, Oslo, Norway, v. 37, No. 2, p. 207-228.
- HUDSON, Heidi. 2005. 'Doing' security as though humans matter: a feminist perspective on gender. *Security Dialogue*, Oslo, Norway, v. 36, No. 2, p. 155-174.
- KALDOR, Mary; MARTIN, Mary; SELCHOW, Sabine. 2007. Human security: a new strategic narrative for Europe. *International Affairs*, Oxford, v. 83, No. 2, p. 273-288.
- KENNEDY-PIPE, Caroline. 2007. Gender and security. In: COLLINS, Alan. (Ed.) *Contemporary security studies*. Oxford: Oxford University Press. p. 75-90.
- KEOHANE, Robert O. 2005. Relațiile internaționale: vechi și nou [International relations: old and new]. In: GOODIN, ROBERT E., KLINGEMANN, HANS-DIETER (Coords.). *Manual de Știință Politică* [= Handbook of Political Science]. Iasi: Polirom. Cap. 19, p. 403-418.
- KIRK, Gwyn. 2008. Contesting militarization: global perspectives. In: SUTTON, Barbara; MORGEN, Sandra; NOVKOV, Julie. (Eds.). *Security disarmed: critical perspectives on gender, race, and militarization*. London: Rutgers University Press. p. 30-55.
- LECOUTRE, Sophie. 2010. *The US shift towards "smart power" and its impact on the transatlantic security partnership*. (EU Diplomacy Papers, No. 2, January, 2010). Disponible en: <http://aei.pitt.edu/13209/1/EDP_2_2010_Lecoutre.pdf>. Last accessed on: 30 Oct. 2010.
- LEE, Barbara. 2008. Gender, race, and militarism: toward a more just alternative. In: SUTTON, Barbara; MORGEN, Sandra; NOVKOV, Julie. (Eds.). *Security disarmed: critical perspectives on gender, race, and militarization*. London: Rutgers University Press. p. 56-65.
- LICHT, Sonja. 2006. Women as agents of change in conflict and post-conflict situations. In: GLASIUS, Marlies; KALDOR, Mary (Eds.). *A human security doctrine for Europe: project, principles, practicalities*. New York: Routledge. p. 200-214.
- MANN, Bonnie. 2008. Manhood, Sexuality, and Nation in Post-9/11 United States. In: SUTTON, Barbara; MORGEN, Sandra; NOVKOV, Julie. (Eds.). *Security disarmed: critical perspectives on gender, race, and militarization*. London: Rutgers University Press. p. 179-198.
- MIROIU, Mihaela. 2004. *Drumul către autonomie: teorii politice feminist*. [The road to autonomy: political feminist theories]. Iasi: Polirom.
- MOBEKK, Eirin. 2010. Gender, women and security sector reform. *International Peacekeeping*, Bradford, UK, v. 17, No. 2, p. 278-291, Apr.

- NATO. 2010. **Active engagement, modern defence**: strategic concept for the defence and security of the members of the North Atlantic Treaty Organization. Adopted by heads of state and government at the NATO Summit in Lisbon 19-20 November 2010. Brussels, Belgium: NATO Public Diplomacy Division. Disponible en: <http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_68580.htm>. Visitado el: 11 Dec. 2010.
- OTTO, Dianne. 2009. The exile of inclusion: reflections on gender issues in international law over the last decade. **Melbourne Journal of International Law**, Carlton, Victoria, Australia, v. 10, No. 1, p. 11-26, May. Disponible en: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2009/2.html>>. Visitado el: 10 Jun. 2010.
- PASTI, Vladimir. 2003. **Ultima inegalitate**: relațiile de gen în România. [The last inequality Gender Relations in Romania]. Iași: Polirom.
- PLUMWOOD, Val. 1993. **Feminism and the mastery of nature**. New York: Routledge.
- PUECHGUIRBAL, N. 2010. Discourses on gender, patriarchy and Resolution 1325: a textual analysis of UN documents. **International Peacekeeping**, Bradford, UK, v. 17, No. 2, p. 172-187, Apr.
- RĂDOI, Cristina. 2011. Women's role in reconstructing peace and security. **Western Balkans Security Observers Review**, Belgrade, Year 6, No. 19, p. 68-80, Jan./Apr.
- SCHIRCH, Lisa; SEWAK, Manjrika. 2005. Women: using gender lens. In: TONGEREN, Paul van et al. (Ed.). **People building peace II**: successful stories of civil society. Boulder, Colo.: Lynne Rienner Publishers. p. 97-107.
- SCOTT, Catherine V. 2008. Rescue in the age of empire: children, masculinity, and the war on terror. In: HUNT, Krista; RYGIEL, Kim. (Ed.). **(En)gendering the war on terror war stories and camouflaged politics**. Aldershot, England; Burlington, VT: Ashgate. p. 94-115.
- SHAW, Jon A. 2003. Children exposed to war/terrorism. **Clinical Child and Family Psychology Review**, New York, v. 6, No. 4, p. 237-246.
- SJOBERG, Laura. 2008. Why just war needs feminism now more than ever. **International Politics**, Basingstoke, v. 45, No. 1, p. 1-18, Jan. Disponible en: <<http://www.palgrave-journals.com/ip/journal/v45/n1/pdf/8800216a.pdf>>. Visitado el: 10 Feb. 2010.
- SJOBERG, Laura; GENTRY, Caron E. 2007. **Mothers, monsters, whores**: women's violence in global politics. London: Zed Books.
- SMITH, Steve. 2005. The contested concept of security. In: BOOTH, Ken. (Ed.). **Critical security studies and world politics**. Boulder, Colo.: Lynne Rienner Publishers. p. 27-62.
- STEANS, Jill. 1998. **Gender and international relations**. Oxford: Polity Press.
- STIEHM, Judith Hicks. 1989. **Women and men's wars**. 2nd ed. Oxford: Pergamon Press.
- SUTTON, Barbara; NOVKOV, Julie. 2008. Rethinking security, confronting inequality: an introduction. In: SUTTON, Barbara; MORGEN, Sandra; NOVKOV, Julie. (Eds.). 2008. **Security disarmed**: critical perspectives on gender, race, and militarization. London: Rutgers University Press. p. 3-30.

- SUTTON, Barbara; MORGEN, Sandra; NOVKOV, Julie. (Eds.). 2008. **Security disarmed: critical perspectives on gender, race, and militarization**. London: Rutgers University Press.
- SYLVESTER, Christine. 2004. **Feminist international relations: an unfinished journey**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- TICKNER, J. Ann. 2001. **Gender in international relations**. 2nd ed. New York: Columbia University Press.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). 1994. **Human Development Report 1994: new dimensions of human security**. New York: Oxford University Press. Disponible en: <http://hdr.undp.org/en/media/hdr_1994_en_chap2.pdf>. Visitado el: 10 Nov. 2010.
- UNITED NATIONS. 2000. Security Council. **Resolution 1325, S/RES/1325 (31 Oct. 2000)**. Disponible en: <http://www.un.org/events/res_1325e.pdf>. Visitado el: 15 May. 2011.
- _____. 2008. Security Council. **Resolution 1820, S/RES/1820 (19 June 2008)**. Disponible en: <<http://www.state.gov/documents/organization/106577.pdf>>. Visitado el: 15 May. 2011.
- _____. 2009a. Security Council. **Resolution 1888, S/RES/1888 (30 Sept. 2009)**. Disponible en <<http://womenpeacesecurity.org/media/pdf-scr1888.pdf>>. Visitado el: 16 May. 2011.
- _____. 2009b. Security Council. **Resolution 1889, S/RES/1889 (5 Oct. 2009)**. Disponible en: <<http://womenpeacesecurity.org/media/pdf-scr1889.pdf>>. Visitado el: 16 May 2011.
- _____. 2010. Security Council. **Resolution 1960, S/RES/1960 (16 Dec. 2010)**. Disponible en: <<http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/WPS%20SRES%201960.pdf>>. Visitado el: 17 May. 2011.
- VAN HAM, Peter. 2000. Europe's common defense policy: implications for the trans-atlantic relationship. **Security Dialogue**, Oslo, Norway, v. 31, No. 2, p. 215-228. Disponible en: <<http://sdi.sagepub.com/content/31/2/215.extract>>. Visitado el: 15 Oct. 2008.
- WALLSTRÖM, Margot. 2010. Transforming the words in acts: women become actors of peace and security. In: CONFERENCE ON WOMEN, PEACE AND SECURITY: EMPOWERING WOMEN IN PEACE AND CONFLICT, 2010. Bruxelles, the European Commission, the United Nations and NATO, 27 Enero.
- WALZER, Michael. 2004. **Arguing about war**. New Haven: Yale University Press.
- WIBBEN, Annick T. R. 2008. Human security: toward an opening. **Security Dialogue**, Oslo, Norway, v. 39, No. 4, p. 455-462. Disponible en: <<http://sdi.sagepub.com/content/39/4/455.extract>>. Visitado el: 10 Sep. 2001.
- WILLET, Susan 2010. Introduction: Security Council Resolution 1325: assessing the impact on women, peace and security. **International Peacekeeping**, Bradford, UK, v. 17, No. 2, p. 142-158, Apr.

NOTAS

1. El 'padre' representa la incorporación del patriarcado en una familia a través de la construcción social del jefe de familia.
2. El concepto de ciudadana defensora fue propuesto por Judith Steihm en su trabajo "Guerra de Mujeres y Hombres" (1989)
3. Una versión previa de esta sección fue presentada en el artículo "On Romanian military gender training and peace missions" (2011) - Cristina Rădoi y Ilona Voicu, presentado en *Armed Forces and Society: New Domestic and International Challenges*, organizado por International Political Science Association and R24 Committee, 17-19 Junio 2011, Ankara, Turkey.
4. El énfasis es del texto original de la resolución 1325 del CSNU, 2000.
5. Ver también Mobekk (2010, p.28)

ABSTRACT

In this paper I analyze the extent to which international resolutions about women's roles in security really reflect women's interests concerning the matter.

Although international officials claim that the role of women is very important in preventing conflicts, reconstructing peace and rebuilding societies in post-conflict zones, in reality women only have a formal role, both as part of the army and as civilians in conflict zones. International laws see women as victims, not as important actors who are equal to their male counterparts in achieving these goals.

In the first section, I will present the effects of militarization on women's lives. In the second, I will analyze, through a feminist lens, international resolutions and alternative security strategies.

KEYWORDS

Women in military institutions – International resolutions – Gender – Defense and security

RESUMO

Neste artigo analisarei em que medida as resoluções internacionais sobre o papel das mulheres na segurança realmente refletem seus interesses com respeito a tal questão.

Embora autoridades internacionais afirmem que o papel das mulheres é muito importante para a prevenção de conflitos, a restauração da paz e a reconstrução das sociedades em zonas pós-conflito, na realidade elas apenas desempenham um papel formal, tanto como parte do exército quanto como civis em zonas de conflito. As leis internacionais enxergam a mulher como vítimas e não como atores importantes em pé de igualdade com as suas contrapartes masculinas na conquista desses objetivos.

Na primeira parte, apresentarei os efeitos da militarização na vida das mulheres. Na segunda, analisarei, através de um olhar feminista, as resoluções internacionais e as estratégias de segurança alternativas.

PALAVRAS-CHAVE

Mulheres em instituições militares – Resoluções internacionais – Gênero – Defesa e segurança



CARLA DANTAS

Carla Dantas está graduada en Derecho en la Universidad de San Pablo (USP), cursó parte de su graduación en la Università di Bologna. Cursa maestría en Derecho Internacional en USP.

Email: cpdantas@gmail.com

RESUMEN

El artículo analiza el derecho individual de petición ante los comités convencionales que forman parte del Sistema Global de Protección a los Derechos Humanos de la ONU. El texto describe el sistema que permite a los individuos entrar con peticiones junto a organismos internacionales denunciando a sus Estados por violaciones de los derechos humanos incluidos en la Declaración Universal o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) o incluso por las normas establecidas en tratados específicos tales como la Convención Contra la Tortura (CAT), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial (ICERD), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRDP). Según la autora, las recomendaciones hechas por los órganos de la ONU relativas a denuncias hechas por medio del derecho de petición individual tienen un carácter vinculante y deben ser cumplidas por los Estados en cuestión.

Original en portugués. Traducido por Claudia Otero.

PALABRAS CLAVE

Derecho de petición – Derechos Humanos – Sistema Global



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

DERECHO INDIVIDUAL DE PETICIÓN DENTRO DEL ÁMBITO DEL SISTEMA GLOBAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Carla Dantas

1 Introducción

El presente artículo se ha desarrollado dentro del marco teórico de las corrientes doctrinarias que atribuyen fundamentos morales al Derecho Internacional por los cuales su equidad y obligatoriedad no resultan exclusivamente de la voluntad de los Estados, adquiere validez *erga omnes*, y los Estados no detentan el monopolio de la tutela de los derechos que consagra.¹

Esta posición doctrinaria reconoce principios tales como el de la prohibición de uso de la fuerza y de la guerra, el de la igualdad entre los Estados, el de la solución pacífica de disputas y el de la protección humanitaria en los casos de guerra; surge asimismo de ella la ampliación de la agenda internacional que pasó a interferir en los ordenamientos jurídicos internos (SOARES, 2004, p. 337), disciplinando inclusive, el trato que los Estados deben reservar a sus propios nacionales.

Históricamente se destaca el contexto de creación de la Asamblea General de la ONU (AGNU) que en el ejercicio de su atribución, con foco en la promoción de los Derechos Humanos, proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Marco fundamental del proceso de internacionalización de los Derechos Humanos, pues afirmó los derechos que contiene como un ideal común que todas las naciones deben alcanzar (DALLARI, 2008, p. 55). Asimismo, el comienzo de la positivización y universalización de los Derechos Humanos, planteando que “más que proclamarlos se debe garantizarlos contra todo tipo de violación” (AMARAL, 2002, p. 642). Posteriormente la AGNU adopta pactos internacionales de Derechos Humanos

* Este artículo fue producido en la primera edición del Programa de Incentivo a la Producción Académica en Derechos Humanos, entre febrero y mayo de 2012. El programa, una colaboración entre Conectas Derechos Humanos y la Fundación Carlos Chagas, se encuentra actualmente en su segunda edición. Más informaciones se encuentran disponibles en: <http://www.conectas.org/en/sur-journal/see-the-list-of-candidates-selected-for-sur-journalundefineds-program-to-encourage-academic-production?pg=2>. Visitado en: Dic. 2012

que establecieron instituciones que apuntaban al monitoreo de los derechos previstos, propiciando el desarrollo del sistema global de protección a los derechos humanos.

Dentro de esta coyuntura, durante el siglo XX se les impuso a los Estados obligaciones internacionales direccionadas a la implementación de los Derechos Humanos, lo que desencadenó la posibilidad de responsabilizarlos internacionalmente por la falta de cumplimiento de esos deberes (RAMOS, 2012, p. 29). Se destaca el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC (sus siglas en inglés ICESCR),² el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCP (sus siglas en inglés ICCPR)³ y su primer protocolo opcional, que: a) reconocieron la necesidad de crear condiciones para que cada individuo pudiera disfrutar de sus derechos, b) establecieron obligaciones a los Estados Partes de garantizar la existencia en sus ordenamientos internos de mecanismos efectivos de defensa de los derechos reconocidos por tales instrumentos;⁴ c) previeron instrumentos internacionales para la promoción y protección de los derechos que contienen como los buenos oficios, el sistema de informes, la posibilidad de creación de la comisión de conciliación *ad hoc*,⁵ y el derecho de petición del individuo a los organismos internacionales.

El objeto de estudio del presente artículo es el instrumento internacional de defensa a los Derechos Humanos establecido por pactos internacionales aprobados por la ONU que le reconoce al individuo la posibilidad de peticionar ante los comités creados por convenciones internacionales, como es por ejemplo el derecho a peticionar ante el Comité de Derechos Humanos (CDH) (sus siglas en inglés HRC)⁶ previsto en el PIDCP y en su protocolo facultativo.⁷

Así como el PIDCP, otros tratados internacionales adoptados bajo el auspicio de la ONU prevén la posibilidad de encaminar peticiones individuales a los respectivos comités. Se trata de las siguientes convenciones:⁸

- (i) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (sus siglas en inglés ICERD),⁹ que creó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (sus siglas en inglés CERD);
- (ii) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (sus siglas en inglés CEDAW),¹⁰ que creó el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (sus siglas en inglés CEDAW);
- (iii) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT),¹¹ que creó el Comité contra la Tortura (CAT); e
- (iv) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD),¹² que creó el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD).

Asimismo, es posible afirmar que durante el siglo XX surgieron diversas normas internacionales de Derechos Humanos, que proyectaron a los individuos al escenario internacional con poderes para reivindicar sus derechos, especialmente a través del derecho de petición a los comités anteriormente mencionados.

Como se demostrará más adelante, hoy es evidente la necesidad de una interacción dinámica entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno para la promoción y protección de los Derechos Humanos, lo que incluye un funcionamiento eficiente de los

sistemas regional y global de protección a estos derechos. Sobre esta cuestión Cançado Trindade señaló que “el derecho internacional y el derecho interno caminan juntos y apuntan a la misma dirección, que coincide con el propósito básico común y último de protección al ser humano” (TRINDADE, 2001, p. 34).

2 El sistema global de protección a los derechos humanos

De acuerdo a lo planteado en la primera sección, durante el último siglo se estableció un

Sector entero de Derecho Internacional, con fuerza normativa de peso, que a partir de la instalación de la ONU, en 1945 gana[ba] más y más vigor: la protección internacional a los Derechos Humanos, con una ingeniería normativa extremadamente bien construida y dotada de mecanismos de verificación para su cumplimiento.

(SOARES, 2004, p. 156)

A expresión empleada ampliamente por la doctrina para designar el sistema internacional protector de los Derechos Humanos de vocación universal, fundamentado en los propósitos establecidos por la Carta de la ONU, es el Sistema Global de Protección de los Derechos Humanos. Este sistema apunta a promover y proteger los Derechos Humanos establecidos por los tratados adoptados por la AGNU, entre los cuales se destacan los que presentamos anteriormente.

El Sistema Global de Protección a los Derechos Humanos está, especialmente, supervisado por el Consejo de Derechos Humanos (CDH), organismo de la ONU subsidiario a la AGNU y sucesor de la Comisión de Derechos Humanos en la tarea de promover y proteger estos derechos.

Es posible categorizar el Sistema Global de Protección a los Derechos Humanos en dos áreas: la *convencional*, establecida por convenciones internacionales y supervisada, fundamentalmente, por los comités creados por ellas, los denominados “*Treaty-Based Bodies*”; y la *extra convencional*, constituida por actos emanados de organismos de la ONU y compuesta por organismos creados por la Carta de la ONU o derivados de los mismos, denominados por la propia ONU de *Charter-based bodies*.¹³

El sistema *convencional*, por su parte, actúa a través de mecanismos de comprobación de violaciones a los Derechos Humanos iniciado a partir de peticiones de Estados o individuos encaminados a los comités especializados presentados anteriormente y, de acuerdo a Carvalho Ramos, tiene una naturaleza casi judicial (RAMOS, 2012, p. 75).

Cada uno de los comités convencionales de protección a los Derechos Humanos que componen el Sistema Global Convencional de Protección a los Derechos Humanos recibe soporte estructural del Secretariado General de la ONU, específicamente de la Oficina del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos¹⁴ (OHCHR),¹⁵ organismo subsidiario al Secretariado General de la ONU, responsable por promover el respeto y la implementación integral de los Derechos Humanos.¹⁶

El Secretario General de la ONU, a través del OHCHR, es el responsable por colocar a disposición de los comités convencionales de monitoreo a los Derechos Humanos, todo el personal y las instalaciones de infraestructura necesarias para el

desempeño eficaz de sus actividades.¹⁷ En el desempeño de estas tareas, el Secretario General de la ONU, a través del OHCHR, ayuda a los comités a armonizar sus métodos de trabajo, coloca a disposición el material, espacio, y personal necesario para que los comités desempeñen sus actividades, asimismo recibe las peticiones encaminadas a los comités y realiza la selección inicial, que consiste en verificar si se observaron todos los requisitos formales que se desarrollarán en la sección 3 de este trabajo, siendo también responsable por elaborar un sumario con el contenido de la petición, presentar las causas para que los comités las evalúen y mantenerlas registradas.

Los comités estudiados anteriormente, cuentan con el soporte estructural de la ONU y reportan sus trabajos a la Asamblea General de las Naciones Unidas,¹⁸ a través del Secretario General,¹⁹ -el CEDAW también lo hace a la Comisión sobre la Condición de la Mujer²⁰-, y participan oficialmente de agencias especializadas de la ONU.²¹ No obstante, estos comités son organismos independientes y presentan una composición constituida con la intención de preservar esta independencia, de acuerdo a lo que sigue a continuación.

2.1 Función y composición de los comités

Los comités convencionales presentados anteriormente tienen en común cuatro funciones:

- (i) Recibir, examinar y emitir pareceres (*concluding observations*)²² sobre los informes (*reports*) elaborados por los Estados Partes sobre los mecanismos implementados en sus territorios para que se apliquen los tratados internacionales.²³ En 2001, por ejemplo, el Comité contra la Tortura (CAT) evaluó el informe brasileño, recomendando que Brasil garantizara que la ley que tipifica el crimen de tortura se interpretara de acuerdo al artículo 1º de la Convención contra la Tortura (CAT), asimismo recomendó que Brasil mejorara el sistema carcelario e institucionalizara y reglamentara el derecho de la víctima a recibir una compensación justa por los tratamientos crueles sufridos;
- (ii) Elaborar comentarios generales (*general comments*) para auxiliar a los Estados Partes a aplicar los tratados internacionales, al determinar las obligaciones que les imponen los mismos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos (HRC), emitió en el 2011 comentarios generales sobre el contenido y la amplitud del derecho a la libertad de expresión prevista en el artículo 19 del PIDCP;
- (iii) Decidir sobre las denuncias de falta de cumplimiento de los tratados internacionales presentadas por un Estado Parte contra otro; y
- (iv) Emitir decisiones (*views*)²⁴ sobre las denuncias de falta de cumplimiento de los tratados internacionales contenidas en las peticiones o comunicaciones individuales (*communications*) que se les presentan, lo que es objeto del presente estudio.

Los comités convencionales están compuestos por miembros independientes con reconocida competencia en el campo de los Derechos Humanos, provenientes de

diferentes regiones geográficas, formando, de este modo, comités diversificados jurídica y culturalmente. Los Estados Parte eligen los miembros de los comités convencionales a través de voto secreto en las respectivas convenciones, dentro de una lista de especialistas designados por los mismos Estados y elaborada a solicitud del Secretario General de la ONU.²⁵ Para que actúen de forma independiente los miembros del comité ejercen sus actividades a título personal y no como representante del Estado de su nacionalidad o del Estado que los propuso. Del mismo modo, no participan del análisis de los informes o de las peticiones individuales relativas al Estado en cuestión.

Asimismo, en el ejercicio de sus funciones, los comités realizan una interpretación extensiva y material de los tratados internacionales, que garantiza la mayor protección posible al sujeto jurídicamente protegido, y por lo tanto, impide la exclusión o la anulación de una protección normativa mayor. Con esto se garantiza la aplicación del principio de primacía de la norma más favorable y de máxima protección. En este contexto, tratan de ser condescendientes con los hechos comprobados, no se apegan a las formalidades típicas de interpretación y argumentaciones jurídicas comúnmente realizadas en procedimientos contenciosos, y apuntan a producir efectos reales en la conducta del Estado Parte supervisado. Esta lógica de actuación, condice con el parecer de Alberto Amaral, según quién, “la interpretación de los tratados sobre derechos humanos se atiene a criterios propios (...), el interés de las parte cede lugar a las consideraciones del orden público” (AMARAL, 2002, p. 646).

Aunque tengan una actuación independiente, los comités se guían por los mismos principios de protección a los Derechos Humanos y comparten los mismos objetivos, se los puede analizar en conjunto, y oportunamente, destacar las diferencias de su actuación.²⁶

2.2 *Los Estados Partes*

En los casos en que los comités de monitoreo están instituidos en el cuerpo del tratado principal, los Estados Partes que componen estos tratados aceptan y reconocen la competencia de los referidos comités para recibir y analizar la petición a través de una declaración expresa que pueden realizar en cualquier momento, ver en este sentido, artículo 14.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial - ICERD. Por su lado, cuando la competencia para recibir peticiones individuales por parte de los comités fue reconocida por protocolos facultativos a los tratados, los Estados Parte deben reconocer tal competencia por medio de la ratificación del protocolo respectivo, tal como por ejemplo lo establecen los artículos 1º de los protocolos facultativos a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

El depósito de la declaración internacional que acepta la competencia del comité o, de acuerdo al caso, el depósito de la ratificación del protocolo facultativo que implica aceptar la competencia del comité, son actos internacionales que obligan internacionalmente a los Estados, de acuerdo a ciertos términos y condiciones establecidas en la propia declaración o tratado internacional.

Desde el punto de vista del derecho interno, en el caso de Brasil, la promulgación

de estos actos por parte del Presidente de la República les confiere validez y ejecutoriedad dentro del ordenamiento brasileño. Se destaca, que al ser esta promulgación un acto de derecho interno, su ejecución no se confunde, y por eso mismo condiciona, el inicio de la competencia internacional de los comités para evaluar las peticiones presentadas contra Brasil ya que ella se activa dentro del plano del Derecho Internacional, por depósito de la declaración ante el Secretariado de la ONU o por la ratificación del protocolo facultativo, de acuerdo a las reglas establecidas por el propio tratado.

Actualmente, la ICERD tiene más de 150 Estados Parte, Brasil la ratificó en 1968 y la promulgó en 1969 a través del Decreto 65.810. Recién en 2002 se depositó la declaración de Brasil ante el Secretario General de la ONU reconociendo la competencia de CERD para recibir peticiones de personas de su jurisdicción, en los términos del artículo 14.1 de la ICERD. En 2003, a través del Decreto 4.738 se incorporó este acto al ordenamiento interno.

A su vez, el Comité contra la Tortura (CAT), cuenta con 150 Estados Partes. Brasil ratificó esta convención en 1989, y la promulgó en 1991, a través del Decreto 40, y hasta el momento no ha reconocido la competencia del Comité contra la Tortura para analizar las peticiones de personas bajo su jurisdicción.

Con más de 100 Estados Partes, el Protocolo Opcional a la CEDAW fue ratificado por Brasil en 2002 y así el CEDAW pasó a tener competencia para recibir peticiones de personas bajo jurisdicción brasileña. Asimismo ese mismo año, a través del Decreto 4.316, tal protocolo se promulgó en el ámbito interno.

El Primer Protocolo Opcional al PIDCP, que en el artículo 2º reconoce el derecho de petición al HRC, está ratificado por más de 100 Estados, siendo que Brasil ratificó tal tratado en 2009, y aprobó el texto con reserva al artículo 2º por el Decreto Legislativo 311, pero hasta la presente fecha no promulgó el tratado y tampoco declaró que aceptaba la competencia de HRC para recibir peticiones de sus jurisdiccionales.

Finalmente, la CRPD, cuenta con 66 Estados Partes. Brasil ratificó la CRPD y su protocolo facultativo en 2008, donde se reconoce la competencia del CAT para analizar peticiones enviadas por los jurisdiccionales brasileños. La CRPD y su protocolo se promulgaron el 25 de agosto de 2009, a través del Decreto 6.949. Es importante destacar, que la CRPD es la primera convención internacional dentro del ordenamiento brasileño que se equipara a la enmienda constitucional en los términos del párrafo 3º, del artículo 5º de la Constitución Federal.²⁷

Aunque Brasil ha ratificado y reconocido la competencia de ciertos comités convencionales para analizar las peticiones presentadas por personas bajo su jurisdicción, hasta la fecha no se emitió decisión alguna contra Brasil dentro del ámbito de este sistema convencional de protección a los derechos humanos.

3 Presentación de las peticiones al OHCHR

El derecho de petición a los comités es un mecanismo convencional de protección a los Derechos Humanos que posibilita una actuación directa e independiente del individuo dentro del escenario internacional, en la medida en que no exige la intermediación del Estado Parte o de otra entidad.

Con el objetivo de proporcionar un acceso amplio a este mecanismo, y así

observar el principio de máxima protección, las reglas procedimentales establecidas en documentos infra convencionales (*rules of procedures*), apuntan a la promoción de un procedimiento simple e informal.

Las peticiones individuales²⁸ deben dirigirse al OHCHR,²⁹ y el peticionario no necesita estar asesorado por abogados ya que es prescindible su familiaridad con los términos o técnicas jurídicas.

De acuerdo a lo anteriormente destacado, el trabajo de los comités se dirige a realizar un análisis efectivo y sustantivo del caso concreto. En este sentido, el derecho del individuo y la violación del Estado se extraen de los hechos y de los argumentos expuestos y comprobados por el peticionario, independientemente de que estén acompañados de vocabulario y fundamentaciones jurídicas. De este modo, se desechan los debates técnicos y ciertas formalidades legales y procedimentales. Sin embargo, de acuerdo a lo que se abordará en este y los próximos Capítulos de este trabajo, la petición individual debe estar acompañada de una serie de información y documentación específica y consistente para comprobar las alegaciones que contiene.

En primer lugar, las peticiones individuales deben estar firmadas y deben identificar al remitente con sus datos personales.³⁰ Los comités pueden, de oficio o a través de una solicitud fundada del peticionario mantener en secreto la identidad de la víctima.³¹

Asimismo, la petición se debe escribir en una de las lenguas oficiales de la ONU, ya que cabe al Secretario General de la ONU, a través del OHCHR analizarla previamente.

La petición debe también presentar detalles, preferentemente de forma cronológica, de los hechos que configuran la violación a la convención internacional en cuestión. Asimismo, es necesario que se adjunten documentos e informaciones que demuestren los hechos narrados, en especial, documentos oficiales, tales como las decisiones judiciales y administrativas sobre la cuestión, y copia de la legislación nacional aplicable al caso.³²

Finalmente, el peticionario debe demostrar el cumplimiento de cada uno de los requisitos de admisibilidad que se presentan en la sección 5.

Si falta alguno de los ítems mencionados o cualquier otra información que los comités o el OHCHR responsable por la selección inicial de las peticiones considere importante para el análisis de la petición, los propios comités o el Secretariado de la ONU - según la naturaleza del asunto- contactarán al peticionario a través del OHCHR, para que suministre los detalles necesarios para el progreso de la petición.³³

En conformidad con los principios de primacía de los Derechos Humanos y de máxima protección, el hecho de que la petición no esté completa o que no se adjunten los documentos e informaciones indicados anteriormente, no impiden por sí solos que se la reciba. Únicamente no se recibirán, y por lo tanto no se registrarán ni analizará el OHCHR, las peticiones cuyas lagunas imposibilitan este análisis. No obstante, con el objetivo de evitar demoras y superar esta primera etapa, es importante que el peticionario aclare el motivo por el cual, eventualmente, no haya presentado algún documento o información de acuerdo a lo anteriormente indicado, como asimismo, el motivo por el cual no haya observado alguno de los requisitos de admisibilidad de la petición que se analizarán más adelante.

3.1 Legitimidad activa y posibles agentes violadores causantes da la denuncia

Tienen legitimidad para presentar una petición a los comités convencionales no solo los nacionales, las personas residentes en el territorio o ciudadanos de los Estados que reconocieron la competencia de los comités para analizar las peticiones individuales, sino también cualquier persona física sujeta a la jurisdicción de estos Estados.³⁴

De acuerdo a lo que señala el Comentario General n° 31 del HRC, el derecho de petición a los comités convencionales está limitado a los individuos, personas físicas, sin embargo, muchos de los derechos reconocidos en los tratados en examen son también derechos garantizados a las personas jurídicas. Pero el hecho de que el presente mecanismo convencional de monitoreo a los Derechos Humanos se reserva a los individuos no impide que tales individuos encaminen las peticiones en defensa de personas jurídicas a las que se les hubieran violado derechos reconocidos en las convenciones.³⁵

Se admite también el envío de una petición a nombre de terceros, siempre que junto con la misma se adjunten pruebas sobre la imposibilidad de que la víctima actúe en su propio nombre,³⁶ o que la víctima hubiera autorizado para que terceros denuncien la violación a sus derechos al comité accionado y se adjunte tal autorización. En post del principio de máxima protección, tal autorización puede eventualmente dispensarse en caso de que la víctima sea un niño, esté presa, inaccesible, o en otras situaciones similares.³⁷

Con relación al agente de violación a los Derechos Humanos que se denuncia, el mismo siempre debe ser un Estado Parte de la convención internacional violada, que haya aceptado la competencia del comité para analizar las denuncias, de acuerdo a lo señalado en el Capítulo 2.2. Sin embargo, el acto u omisión denunciado puede ser no sólo acto u omisión cometidos por autoridades públicas, sino también por particulares. Esto porque los Estados son responsables cuando no ponen en práctica las medidas para evitar actos u omisiones que violen los Derechos Humanos, o no adoptan medidas para castigar a los autores responsables de tales violaciones (CONFORTI, 2005, p. 336). Esa también es la interpretación dada por el HRC al artículo 2^a en su Comentario General n° 31. En este contexto, es importante comprender la extensión de las obligaciones internacionales de los Estados Partes de las convenciones internacionales anteriormente presentadas.

3.2 La extensión de las obligaciones internacionales

El requisito esencial de la denuncia consiste en el incumplimiento de los derechos previstos en las convenciones, entre ellos, el derecho de disponer de recursos internos efectivos³⁸ destinados al respeto, implementación y corrección de la violación a los derechos materiales previstos en la convención, de acuerdo a lo que establece, por ejemplo, el artículo 2 del PIDCP. Este derecho, se refleja en la obligación internacional general del Estado Parte de promover tales recursos preventivos y represivos, supervisando el respeto por todos, inclusive por parte de particulares, de los derechos materiales previstos en la convención.

Los Estados – en último análisis sus autoridades gubernamentales – deben en primer lugar, estar preparados y orientados para prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos reconocidos en los tratados internacionales (SLAUGHTER, 1997, p. 185) y, en un segundo momento, en caso de violación declarada por un órgano internacional competente, tales autoridades gubernamentales deben tener instrumentos y políticas de comportamiento previamente establecidos para restablecer de inmediato el derecho violado, o reparar los daños producidos por la violación declarada internacionalmente.

Conforme se analizará en la sección 7 de este trabajo, no sólo se supervisa la falta de respeto al derecho material, sino también la eventual omisión o ineficiencia del Estado en proteger o restablecer tal derecho.³⁹ No es por otra razón que en sus decisiones los comités declaran la violación al derecho material y establecen un plazo para que los Estados presenten las medidas tomadas para sanear la violación, cumpliendo de este modo con su obligación.

Esta obligación de los Estados Partes se debe cumplir de buena fe, sin invocar su derecho interno como un obstáculo, conforme determina la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. También es entendido de la misma forma por la Escuela Superior del Ministerio Público de la Unión (PETERKE, 2010, p. 148).

4 Procedimiento

Cada comité adopta sus propias reglas procedimentales, las llamadas *rules of procedures*, de modo que, guiada por los principios de Derechos Humanos de máxima protección y de primacía de los Derechos Humanos, la actuación de los comités esté comprometida con la búsqueda de soluciones materiales para cada cuestión. Por lo tanto, dependiendo de la complejidad y urgencia del caso, las reglas procedimentales establecidas puedan no contemplarse estrictamente.

Una vez que el OHCHR identifica en la petición todas las informaciones esenciales indicadas en el Capítulo 3, la petición se registra, lo quiere decir que el OHCHR elabora un informe con el contenido de la misma y lo presenta para que un comité competente lo evalúe, manteniendo en curso la causa registrada ante el Secretario de la ONU.⁴⁰

Invariablemente, el contradictorio estará presente en todas las fases del mecanismo de monitoreo de los Derechos Humanos.⁴¹ Después que los miembros del comité reciben este informe del OHCHR, le comunican al peticionario sobre el registro, y le informan de la misma al Estado denunciado para que presente las consideraciones que considere relevantes, dentro de un plazo que varía entre cuatro semanas y seis meses, de acuerdo al comité y al objeto de la causa.

Realizado el registro, el comité analizará la petición en dos etapas, la primera consistirá en el examen de admisibilidad de la petición, la segunda en el examen de mérito. En general estas dos etapas del mecanismo se analizarán en un mismo momento, o sea, en una misma sesión plenaria del comité,⁴² que generalmente no es pública.⁴³ Excepcionalmente, la admisibilidad de la petición y el mérito se podrán analizar en sesiones plenarias diferentes, para lo que se abren plazos específicos para los comentarios de las partes en cada una de las fases. Asimismo, en caso de que el

Estado llamado a manifestarse presente en un primer momento sólo consideraciones sobre la admisibilidad de la petición, en respeto al principio de contradicción, los comités concederán un nuevo plazo⁴⁴ para que el Estado se manifieste sobre el mérito, hipótesis en que las dos fases del procedimiento podrán ocurrir en sesiones diferentes.

La falta de manifestación del Estado, sea sobre la admisibilidad, o sobre el mérito, no impide el análisis de la petición por los comités.

Al finalizar el plazo para que el Estado denunciado se manifieste, la causa se presenta ante el comité para que se la analice en una sesión plenaria. Pueden establecerse grupos de trabajo específicos para evaluar, antes de la sesión, la admisibilidad de las peticiones y en caso de que mediase deliberación y decisión unánime del referido grupo de trabajo, el comité en cuestión cuando se reúna en sesión plenaria analizará directamente el mérito de la petición.⁴⁵

Entre los requisitos de admisibilidad analizados en sesión plenaria o por los grupos de trabajos se destacan:

- (i) La necesidad de que la causa no sea objeto de análisis en organismo internacional similar;
- (ii) El agotamiento de los recursos internos;
- (iii) El nexo causal; y
- (iv) La no anterioridad de la acción u omisión denunciados.

Es oportuno aclarar que el estudio de las decisiones ya emitidas por los comités permite identificar otros puntos relevantes capaces de dificultar el examen de mérito de las peticiones. Se trata, por ejemplo, de las eventuales reservas compatibles con las cláusulas y los propósitos de la convención internacional en cuestión, previamente establecidas por el Estado denunciado de forma *legítima* a ciertas *dispositivos*.⁴⁶

También existen casos clasificados como inadmisibles por los comités por ser considerados abusivos – o sea, se evalúa que el órgano internacional fue accionado desnecesaria o inapropiadamente.⁴⁷

De acuerdo a lo anteriormente señalado, los comités convencionales se adaptan a las necesidades complejas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contribuyendo de este modo a la promoción de una interpretación extensiva de los Derechos Humanos protegidos, realizan un análisis material de cada uno de los requisitos de admisibilidad, evitan que por razones puramente formales o superficiales la causa no prosiga hasta las conclusiones sobre el mérito, y hacen que los principios de primacía de los Derechos Humanos y de máxima protección se respeten. Con los mismos objetivos, los comités no analizan el mérito de las peticiones que consideran abusivas que les demandarían atención que deben prestar a la protección efectiva de los Derechos Humanos para la que fueron propuestos.

Ante la eventual inadmisibilidad, cabe la posibilidad de que se solicite una revisión de esa decisión.⁴⁸ Cuando se admite la petición, los miembros del comité aprecian el mérito de la causa.

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, el procedimiento ordinario presentado anteriormente puede modificarse en cierta medida, se puede, por ejemplo, disminuir los plazos de análisis y comentarios de las víctimas y del Estado en cuestión.

o indicar cuestiones sobre las cuales sea adecuado que el Estado involucrado presente una réplica. Sin embargo, considerando el gran número de peticiones, lo común ha sido la prórroga de los plazos y años de demora para la decisión final,⁴⁹ una de las razones por la cual se desarrolló el procedimiento de medidas cautelares de urgencia.⁵⁰

5 Requisitos de admisibilidad

5.1. *Causa examinada por otro organismo internacional*

Las peticiones dirigidas a los comités convencionales (excepto las encaminadas al CERD) deben tener como objetivo causas que no se están analizando simultáneamente en otro órgano internacional cuya actuación es compatible a la del comité en cuestión y, por lo tanto, pasibles de ser substituidas una por la otra.

En lo que se refiere al CAT, al CRPD y al CEDAW, ese criterio de admisibilidad tiene una aplicación extensa, no se admiten peticiones cuyo objeto, en el pasado, ya haya sido analizado por otro organismo internacional de actuación compatible.⁵¹ Con relación al HRC, este criterio sólo obstaculiza momentáneamente el análisis de una petición, siendo relevado después de la conclusión de la causa por el otro organismo internacional.⁵²

El presente requisito de admisibilidad, no permite afirmar que los comités son dependientes o sumisos a las decisiones tomadas por otros organismos internacionales. Eso porque, de forma independiente, todos los comités analizan la actuación y extensión del monitoreo de los derechos humanos efectuados por los demás organismos internacionales que están analizando el caso para que, de este modo, se manifiesten sobre la admisibilidad de la petición. Para esto, el peticionario debe informar cuales son los eventuales organismos el rumbo que se le dio a la cuestión. A partir de esas informaciones, el comité estudiará la forma de actuación del organismo internacional y analizará la extensión y el objeto de la causa que se le presentó para concluir, de esta forma, si la misma obstaculiza o no el progreso de la petición hacia el análisis de mérito, teniendo en cuenta los principios de primacía de los Derechos Humanos y de máxima protección.

En las causas como *Bandajevsky vs. Belarus*, se decidió que el procedimiento ante el Comité de Convenciones y Recomendaciones del Consejo Ejecutivo de la UNESCO no torna inadmisibile la petición dirigida al HRC, teniendo en cuenta que ese organismo extra convencional -que en su procedimiento de análisis de peticiones individuales no concluyó sobre la violación o no violación de los derechos previstos en el PIDCP - tampoco emite una decisión vinculante sobre el mérito. En ese sentido, también está consolidada la posición del HRC sobre la posibilidad de que se sometan a su análisis las causas que simultáneamente estén sujetas al análisis del CDH mediante los Procedimientos Especiales o al Procedimiento 1503, mecanismos extra convencionales que componen el Sistema Global de Protección a los Derechos Humanos.

También en la causa *Dahanayakeet al. vs. Sri Lanka*, el HRC decidió que como la denuncia formulada al Banco Asiático de Desarrollo no se basó en alegaciones de violación del PIDCP, ese hecho no podía ser un obstáculo para que los peticionarios presentaran también una comunicación al HRC.

5.2 *El agotamiento de los recursos internos efectivos*

El agotamiento de los recursos internos de protección a los Derechos Humanos merece ser destacado por su relevancia y por su íntima relación con la obligación general internacional asumida por los Estados Partes cuando ratifican cada una de las convenciones internacionales, cualquiera que sea: respetar y garantizar el respeto a los derechos contenidos en las convenciones, lo que incluye proveer a las personas sujetas a su jurisdicción de recursos internos capaces de tornar efectivos los derechos previstos en estos tratados internacionales, conforme se destacó anteriormente en el Capítulo 3.2.

El Estado Parte no cumple con su obligación internacional general no sólo cuando viola un determinado Derecho Humano protegido por un tratado, sino también en el momento en que no logra garantizar, a través de medidas internas efectivas, el respeto a ese derecho o la solución para su violación. Asimismo, el fundamento del presente requisito de admisibilidad se basa en el argumento de que el Estado Parte no cumple el tratado, y le otorga al individuo la legitimidad necesaria para encaminar la petición a los comités, en el momento en que, después de valerse de todos los recursos internos disponibles, se continúan atropellando los derechos del individuo.

Para que la petición no se admita es necesario que los recursos internos eventualmente no agotados sean *efectivos*. Los recursos internos complicados, de difícil o limitado acceso, con una prolongación excesiva injustificada,⁵³ no actuales⁵⁴ o incapaces de solucionar de manera ordinaria⁵⁵ la violación a los Derechos Humanos analizada, se considerarán no efectivos y no obstaculizarán el consecución de la petición, siendo que al Estado se lo considerará materialmente incumplidor de su obligación general.

Cabe al peticionario, informar todas las medidas que se tomaron internamente para que se pueda solucionar su problema y, al Estado denunciado suministrar las informaciones detalladas sobre las medidas que están a disposición del peticionario y demostrar las evidencias de que existe una posibilidad razonable de que estas medidas sean de hecho efectivas para resolver la causa. Ocasionalmente, puede el peticionario aclararle al comité accionado el motivo por el cual no agotó los recursos internos, demostrando que esos recursos no son efectivos y motivan, de este modo, desechar la aplicación de la presente regla de admisibilidad.

Son innúmeras los casos en que el análisis del presente requisito de admisibilidad fue construida sobre el concepto de *recursos efectivos*, conforme se señaló anteriormente. Se cita la causa *Vargas vs. Perú* en la que el peticionario, preso por el departamento peruano antiterrorismo (DINCOTE) acusado de ser un miembro de Sendero Luminoso, alegó que lo habían torturado. El HRC, después de analizar las denuncias anteriores, observó que en otras causas similares de personas detenidas por tener algún vínculo con Sendero Luminoso, se constató la ineficiencia de los recursos internos contra la tortura y malos tratos, porque la corte peruana los analizó sin transparencia y con negligencia, atropellando las reglas del debido proceso legal. Ante tal constatación e inercia de Perú para demostrar la eficacia de las medidas peruanas disponibles al peticionario, el HRC recibió la petición y determinó un plazo de noventa días para que Perú tomara la providencia necesaria para poner a disposición del peticionante los recursos internos efectivos que le garantizaran el respeto a su

derecho de ser juzgado con observancia de las reglas del debido proceso legal y que se lo compensara por los daños comprobadamente sufridos como consecuencia de la violación a sus derechos políticos.⁵⁶

Al contrario, en el caso *Dahanayakeet al. vs. Sri Lanka*, no se admitió la denuncia, ya que el peticionario tuvo acceso a recursos internos efectivos para que se reparara el daño resultante de la desapropiación indebida de su inmueble para que se realizara la construcción de una ruta.

Asimismo, el agotamiento de los recursos internos, termina por ser una referencia para el establecimiento de un plazo razonable para presentar las peticiones a los comités. Se debe evitar presentar peticiones mucho tiempo después de que se agotaron las medidas internas, teniendo en cuenta que a medida que pasa el tiempo, mayor es la dificultad para levantar pruebas y retomar la realidad de los hechos. Frecuentemente, el CAT considera inadmisibles las peticiones que se presentan después de que ya ha pasado un largo período de agotamiento de los recursos internos, e indica tal cuestión como un requisito adicional de admisibilidad, de acuerdo a la norma procedimental 113(f). El CERD, a su vez, estableció a través de la norma procedimental 91(f) un plazo de seis meses a contar desde la decisión interna final que corresponde al agotamiento de los recursos domésticos como plazo para presentar la petición.

5.3 *Nexo causal*

La jurisprudencia del HRC, al interpretar el artículo 2º del Protocolo Opcional al PIDCP, desarrolló un acuerdo en el sentido de que, aunque se atiendan todos los requisitos de admisibilidad, descriptos anteriormente, no se podrán admitir las peticiones que no establezcan un nexo entre la acción u omisión de un Estado Parte y la alegada violación del PIDCP, siendo que, por violación de los PIDCP, se debe entender la violación de los derechos materiales previstos en el PIDCP inherentes a la víctima indicada en la petición, la cual debe ser individual y directamente perjudicada como consecuencia de esa violación. En el mismo sentido, lo entienden los demás comités convencionales con relación a sus respectivos tratados.

Aunque el comité no analice el mérito de la causa en esta etapa del procedimiento, es importante que se suministren informaciones consistentes y verosímiles que aclaren la forma por la cual el acto o la omisión del Estado resultó en una violación de la convención y afectó individual y directamente a la víctima indicada en la petición.

Sobre esta cuestión, se cita el caso *Aalbersberger al. vs. The Netherlands* en que los peticionarios reclamaron la falta de respeto a la vida que se les garantiza en la ICCPR, teniendo en cuenta la posición de Holanda a favor del desarrollo de arma nuclear dentro de su territorio. El HRC se pronunció aclarando que los peticionarios no fueron capaces de demostrar individual o directamente de qué forma esta posición de Holanda amenazaría sus vidas o atropellaría alguno de los derechos establecidos en el PIDCP, motivo por el cual la denuncia se consideró inadmisibile.

En el mismo sentido, en la causa *Beydonet al. vs. France* los peticionarios alegaron que Francia habría restringido sus derechos de participar en la conducción de los asuntos públicos nacionales, porque no participaron de la negociación y de

la posterior adhesión de Francia al estatuto del Tribunal Penal Internacional. El HRC se decidió por la inadmisibilidad de la denuncia por la falta de estatus de víctima, teniendo en cuenta que los mismos tuvieron la oportunidad de participar y ejercer influencia en ese proceso a través del debate público y del diálogo con sus representantes, práctica que depende, en el caso de Francia que es un país democrático, única y exclusivamente de la capacidad de los peticionarios de organizarse.

Una vez más, así como se destacó en el análisis de los demás requisitos de admisibilidad, presentados anteriormente, la verificación del presente requisito se realiza de forma material, teniendo en cuenta el contenido de las informaciones y argumentos presentados al comité y realizando un análisis de los hechos, en este último caso, de la realidad política de Francia como un país democrático.

5.4 Apreciación de hecho anterior al reconocimiento de la competencia del Comité

El último requisito de admisibilidad se relaciona con el momento de acaecimiento de los hechos que se denuncian y el momento en que el Estado denunciado reconoció la competencia de los comités para el análisis de las comunicaciones individuales. En principio solo los hechos violatorios de los Derechos Humanos acaecidos con posterioridad a eses reconocimiento se pueden denunciar.

Como regla general, los comités convencionales no examinan denuncias de hechos anteriores a que el Estado denunciado haya reconocido la competencia del comité para monitorear el respeto al tratado en cuestión. Esta regla, sin embargo, no se aplica automáticamente,⁵⁷ pues, en caso de que la violación a los derechos denunciada haya continuado produciendo efectos después de que se reconoció la competencia del comité para el análisis de las comunicaciones individuales, la petición se admitirá. Esto se confirma con las peticiones de las causas *Blaga vs. Romania* y *Kouidis vs. Greece*, en las que el HRC decidió que el hecho de que las cortes domésticas examinen el proceso en segunda o última instancia, demuestra una continuidad en la conducción de los procesos de forma indebida en atropello a los derechos relativos al debido proceso legal establecidos por el PIDCP, y no configura, por lo tanto, obstáculo para la admisibilidad.

Es importante notar, que no sólo los efectos del atropello a los Derechos Humanos en cuestión deben permanecer en el tiempo, sino la falta de respeto al tratado internacional en sí también debe ser permanente y verificado en la época en que se admitió la petición. En este sentido, se cita el caso *Yurich vs. Chile*, en que el HRC, decidió por la aplicación del presente criterio de admisibilidad, teniendo en cuenta, que pese a que la desaparición de la hija del peticionario era un acto continuo en el tiempo, antes de ratificar el PIDCP y su protocolo opcional Chile admitió y asumió la responsabilidad por tal violación.

6 Examen de mérito

Superados los requisitos de admisibilidad se da inicio al análisis de mérito.

En el análisis del mérito, se tienen en cuenta los argumentos presentados por el peticionario que demuestren los motivos por los cuales el peticionario entiende que

los hechos que se han narrado, corresponden a una violación del tratado internacional monitoreado, siendo que los propios comités recomiendan que se indique⁵⁸ el artículo del tratado que el peticionario considere que se haya vulnerado.

Asimismo, teniendo en cuenta la tendencia de los comités convencionales que se destaca en la sección 2.1 a que se mantenga la coherencia entre sus decisiones - los argumentos de mérito se fortalecen cuando se fundamentan en las decisiones precedentes o en comentarios generales elaborados por los comités en base a decisiones que se tomaron en causas anteriores y en donde los comités comentan sus decisiones y aclaran la extensión y correcta interpretación de los artículos de las convenciones internacionales que monitorean. Es relevante también que la petición esté bien instruida con documentos que comprueben los hechos narrados, de acuerdo a lo que se describió en el Capítulo 3.

Al concluir el examen de mérito, el comité en cuestión profiere una decisión, a través del voto de la mayoría de sus miembros. Aunque se realizan esfuerzos en el sentido de alcanzar la votación unánime, eventualmente se pueden emitir por separado votos disidentes.

Las decisiones de los comités que declaran la violación del tratado, por regla, determinan un plazo para que el Estado Parte en cuestión envíe al comité una respuesta explicando qué medidas se tomaron para solucionar la cuestión. Muchas veces las decisiones de los comités sugieren medidas a adoptar por los Estados Partes.

Se le informa a las partes la decisión y se la publica en el sitio de la OHCHR. A continuación, se designa un relator especial para acompañar la implementación de la decisión por el Estado denunciado.

Siempre que un comité determina la violación a ciertos Derechos Humanos, se invita al Estado Parte a presentar una aclaración sobre las medidas que tomó para dar efecto a aquella decisión, o para cesar o recompensar el daño provocado por tal violación.⁵⁹ A continuación, se invita a la víctima para que se manifieste sobre las medidas que implementó el Estado. De este modo, se inicia la fase de seguimiento de la decisión, durante la cual le cabe al relator especial que acompaña la causa,⁶⁰ solicitar las debidas aclaraciones sobre la ejecución de las decisiones de los comités. Las conclusiones del relator especial se incluyen en el informe anual de los comités vinculados a la AGNU,⁶¹ y se distribuyen a la prensa a través de comunicados.⁶²

7 Conclusión

De acuerdo a la Carta de la ONU, los Estados asumieron el compromiso de actuar en conformidad con los principios y propósitos que establece, entre los cuales se destacan la promoción y el respeto a los Derechos Humanos especialmente reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y otros tratados internacionales aprobados bajo los auspicios de la ONU, que componen el cuerpo normativo del Sistema Global de Protección a los Derechos Humanos, presentados anteriormente.

La Declaración Universal de Derechos Humanos está concebida como la interpretación autorizada de la expresión “Derechos Humanos”, constante en la Carta de la ONU (PIOVESAN, 2007, p. 137), representando, así, una obligación

internacional para que los Estados Miembros de la ONU actúen en conformidad con los derechos que en ella se establecen. Asimismo, se reconoce la Declaración de 1948, como un instrumento *codificador* de ciertos derechos que contiene, y por lo tanto, como un instrumento que afirma el Derecho Internacional clásico, obligatorio a todos los Estados, independientemente de haberla votado favorablemente cuando la AGNU la adoptó.

Otra cualidad de la Declaración Universal consiste en el hecho de que ciertos derechos que declara son reconocidos por la comunidad internacional como *jus cogens*, definido por la Convención de Viena sobre los Tratados como norma imperativa de Derecho Internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional, como normas que no pueden ser derogadas y que sólo se pueden modificar mediante otra norma de la misma naturaleza.

La conjugación de estos atributos por si solo ya sería suficiente para defender el carácter vinculante de la Declaración Universal de 1948, y consecuentemente, su aplicación y observancia obligatoria en todos los ordenamientos nacionales.⁶³

Algunas de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos estudiadas a lo largo del presente trabajo, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, enuncian obligaciones internacionales para los Estado, sea porque codifican un derecho habitual anteriormente válido *erga omnes*, o porque representan una regla de *jus cogens* o norma cuya protección configura uno de los principios y propósitos de la ONU y, por lo tanto, su abuso implica la violación de la propia Carta de la ONU (AMARAL, 2002, p. 641). Las demás normas que integran el Sistema Global de Protección a los Derechos Humanos son vinculantes y, por lo tanto, enuncian obligaciones internacionales que deben cumplir los Estados Partes, en conformidad con las reglas codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en especial las clásicas reglas establecidas en los artículos 26, 27 y 31.

O sea en todas las hipótesis que se describieron anteriormente, las normas de Derechos Humanos establecen legítimas obligaciones internacionales. El incumplimiento de estas obligaciones genera responsabilidad a los Estados para reparar los daños por ventura causados (RAMOS, 2012, p. 29-30). Dentro de este contexto, los mecanismos convencionales de protección a los Derechos Humanos, entre los cuales se incluye el derecho de petición estudiado, “son verdaderamente, mecanismos colectivos para evaluar la responsabilidad internacional de los Estados” (RAMOS, 2012, p. 84) que “puede acarrear la imposición de sanciones colectivas capaces de obligar al Estado infractor a finalmente cumplir las deliberaciones internacionales” (RAMOS, 2012, p. 345).

Es importante notar que la ausencia de mecanismos de coerción que apuntan a la ejecución forzada de tales decisiones en el propio ordenamiento internacional no permite negar su obligatoriedad, ya que el notorio “desajuste entre las nuevas responsabilidades que las normas jurídicas delegaron a la comunidad internacional y la ausencia de mecanismos capaces de asegurar su realización” (AMARAL, 2002, p. 649) no reduce el grado de protección de los mecanismos de monitoreo.⁶⁴

De acuerdo a lo anteriormente afirmado, en el Sistema Global de Protección a los Derechos Humanos, está establecida la obligación general internacional de

los Estados Partes de las convenciones internacionales de tomar providencias y desarrollar instrumentos internos *efectivos* para garantizar la aplicación de las convenciones y evitar, por lo tanto, la omisión legislativa y la inercia de su poder público capaz de violar los derechos previstos. Tal obligación internacional general *se reafirma* a través de las decisiones de los comités, cuando se constata su falta de cumplimiento en un caso concreto. Esto porque, como se vio, las decisiones de los comités, por regla, no estipulan una nueva obligación internacional, pero, a veces sugieren medidas que los comités consideran *efectivas* para solucionar la cuestión, que no extrapolan el objeto primordial de la convención internacional en análisis.

El respeto y la recepción de las decisiones de los comités no pasan del mero cumplimiento de las obligaciones internacionales anteriormente establecidas a los Estados Parte. Esto porque, como una obligación general primaria, los Estados Partes deben desarrollar instrumentos internos *efectivos* para garantizar el respeto a la convención internacional en su ordenamiento interno. Asimismo, evitar que los individuos sujetos a su jurisdicción tengan que recurrir a los comités convencionales para ello.

En un segundo momento, cuando el individuo ya ha tenido necesidad de recurrir a las medidas internacionales estudiadas, si su reivindicación procede, queda evidente el incumplimiento por parte del Estado denunciado de la primera obligación internacional general descrita anteriormente, quedando abierta por lo tanto a partir de ese momento, la posibilidad de responsabilizar internacionalmente al Estado. En este momento, le cabe al Estado cumplir con la decisión emitida por el comité (párrafo 15 del Comentario General n° 33 emitido por el HRC en 2006) y dedicarse a incorporarla a su ordenamiento, corrigiendo las violaciones que ha causado y perfeccionando los instrumentos de implementación existentes que no fueron capaces de evitarlas o corregirlas.

En el primer caso el Estado estaría cumpliendo con su obligación internacional general porque el tratado en sí determina expresamente el deber de los Estados Partes de desarrollar instrumentos internos para garantizar su aplicación. En un segundo caso, el Estado estaría cumpliendo posteriormente su obligación internacional general, porque si fue necesario que el individuo recurriera a los comités convencionales para que se respete su derecho, fue porque todos los instrumentos domésticos se agotaron y se mostraron inefectivos para cumplir con la obligación internacional. Así, le resta al Estado Parte crear nuevos instrumentos o perfeccionar los existentes, para corregir esta falta de cumplimiento, de forma que desempeñe su obligación internacional y de este modo, acoja la decisión del comité en ese caso concreto.

Dentro de este contexto, los Estados al declararse subordinados al monitoreo de estas convenciones promovidas por los comités, también se comprometen a cumplir las decisiones que enuncian y de este modo, aceptarlas como obligatorias. En este sentido se manifiesta el propio HRC en su Comentario General n° 33 y resalta Carvalho Ramos que “si [el Estado] acepta expresamente tal sistema [de peticiones] sería ilógico que considerara las decisiones finales de los mismos como meros consejos o recomendaciones” (RAMOS, 2012, p. 342).

Conforme destaca el HRC en su Comentario General n° 33, aunque no

tienen una naturaleza jurídica equivalente a las decisiones judiciales, las decisiones de los comités cuentan con importantes características similares. Las decisiones de los comités se emiten dentro de un contexto similar al de las decisiones judiciales, por analistas imparciales e independientes, son una interpretación autorizada de la convención internacional en cuestión, emitidas por entidades con un poder reconocido y aceptado para esto, y además presentan un carácter imperativo típico de las decisiones judiciales. En este contexto, afirma el HRC, las decisiones representan una determinación dotada de autoridad conferida por la convención ratificada por los Estados Partes, y por lo tanto, les es obligatoria.

Sin embargo, ciertos Estados han argumentado que las decisiones emitidas por los comités son apenas la confirmación e interpretación no vinculante del tratado internacional en cuestión, siendo este último sí una obligación internacional.⁶⁵ Este parecer niega el carácter vinculante de las decisiones de los comités y se fundamenta en la ausencia de disposiciones expresas en los tratados internacionales en cuestión sobre el tema.

En ese sentido, los comités convencionales han manifestado que la falta de previsión de los tratados en cuestión, con relación al carácter vinculante de sus decisiones, no se pueden interpretar por parte de los Estados Partes como una posibilidad de libre arbitrio, en el sentido de acatar o no estas decisiones, conforme destaca el Comentario General n°31 emitido por el HRC. Interpretarlo de esta forma, equivaldría a retroceder al momento que antecedió el proceso de internacionalización de los Derechos Humanos, cuando los Estados eran los únicos agentes encargados de promover la tutela de los Derechos Humanos y contaban con un alto grado de autonomía en esta materia.

A causa de esa postura de ausencia de compromiso de ciertos Estados Partes, la efectividad del presente mecanismo de monitoreo de los Derechos Humanos ha sido puesta en jaque y, como consecuencia, la conquista del individuo para poder actuar en el escenario internacional a través de las peticiones individuales, se ha visto reducida.

Los informes anuales que presentan los comités sobre el seguimiento de las ejecuciones de las decisiones en los ordenamientos internos, demuestran que la negación de la obligatoriedad de las decisiones de los comités convencionales se ha presentado como un obstáculo relevante a ser superado para poder implementar estas decisiones, en la medida en que “Los Estados [sin embargo], se resisten a ofrecer a las organizaciones internacionales los instrumentos necesarios para hacer frente a la nueva complejidad que surgió” (AMARAL, 2002, p. 649).

Consecuentemente, el presente mecanismo global de monitoreo, aún no conquistó la relevancia deseada en la época en que se lo ideó, y depende fundamentalmente de la cooperación discrecional, e incluso arbitraria de los Estados para que se lo contemple; realidad ésta contraria a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como a la motivación primera del proceso de internacionalización de los Derechos Humanos, cualquiera que sea, que no deja al arbitrio único de los Estados el respeto a derechos tan preciados para la sociedad internacional.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- AMARAL, Alberto. 2002. A institucionalização dos direitos humanos: conquistas e desafios. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, p. 637-650.
- CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. 1995. **The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements**. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- CONFORTI, Benedetto. 2005. **Diritto internazionale**. 6. ed. Napoli: Scientifica.
- CUNHA, José Ricardo. 2005. Direitos humanos e justiciabilidade: investigação en el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro. **SUR**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 139-172, enero./jun. Disponible en: <<http://www.surjournal.org/index3.php>>. Visitado en: Dic. 2012.
- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. 2008. Atualidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Política Externa**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 55-65, set./nov.
- DANTAS, Carla. 2011. A execução forçada no Brasil das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos de Caráter Pecuniário. In: MENEZES, Wagner (Coord.). **Direito internacional: Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Brasília: Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI), 2011. p. 217-232.
- DUPUY, Pierre-Marie. 1993. **Droit international public**. 2e éd. Paris: Dalloz.
- HEINTZE, Hans-Joachim. 2010. Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PETERKE, Sven (Coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010. p. 22-83. Disponible en: <http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais.pdf>. Visitado en: Dic. 2012.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA). Committee on International Human Rights Law and Practice. 2002. New Delhi Conference (2002). **Interim report on the impact of the work of the United Nations Human Rights Treaty Bodies on national courts and tribunals**. Disponible en: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/20>> e <<https://digitalcollections.anu.edu.au/bitstream/1885/41106/3/ILAreport2002Delhi.pdf>>. Visitado en: Dic. 2012.
- MAGALHÃES, José Carlos de. 2000. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- PETERKE, Sven. Os direitos humanos internacionais como direitos objetivos e subjetivos. In: PETERKE, Sven (Coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010. p. 126-166. Disponible en: <http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais.pdf>. Visitado em: Dic. 2012.
- PIOVESAN, Flávia. 2007. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva.
- RAMOS, André de Carvalho. 2008. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba et al. (Org.). **Direito internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva Soares amicum discipulorum liber**. São Paulo: Atlas. Capítulo 27, p. 451 a 468.

- _____. 2012. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. 1997. The real new world order. *Foreign Affairs*, New York, v. 76, n. 5, p. 183-197, Sep./Oct.
- SOARES, Guido Fernando Silva. 2004. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. São Paulo: Atlas. v. 1.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. 1998. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. Disponible en: <www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado3.html>. Visitado el: 14 Feb. 2012.
- _____. 2001. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, CE, ano 2, v. 2, n. 2, p. 13-39, 2001.
- _____. 2006. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey.
- _____. 2004. Direitos humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, p. 199-264.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; VENTURA ROBLES, Manuel. 2003. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Jurisprudencia

- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 1999. Decisión del 2 de noviembre. *Kennedy vs. Trinidad and Tobago*, Comunicación n. 845/1999.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2001. Decisión del 4 de abril. *Kavanagh vs. Ireland*, Comunicación n. 819/1998.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2005. Decisión del 18 de octubre. *Chisanga vs. Zâmbia*, Comunicación n. 1132/2002.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2005. Decisión del 21 de octubre *Burgess vs. Australia*, Comunicación n. 1012/2001.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2005. Decisión del 21 de octubre. *Quispe vs. Peru*, Comunicación n. 1125/2002.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2005. Decisión del 26 de octubre. *Vargas vs. Peru*, Comunicación n. 1058/2002.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2005. Decisión del 26 de octubre. *Carranza vs. Peru*, Comunicación n. 1126/2002.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2005. Decisión del 27 de octubre. *K.N.L.H. vs. Peru*, Comunicación n. 1153/2003.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2005. Decisión del 31 de octubre *Beydon et al. vs. France*, Comunicación n. 1400/2005.

COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS. 2005. Decisión del 2 de noviembre. *Yurich vs. Chile*, Comunicación n. 1078/2002.

COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Decisión del 28 de marzo. *Bandajevsky vs. Belarus*, Comunicação n. 1100/2006.

COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Decisión del 28 de marzo. *Kouidis vs. Greece*, Comunicación n. 1070/2002.

COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Decisión del 30 de marzo. *Ruzmetov vs. Uzbekistan*, Comunicación n. 915/2000.

COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Decisión del 30 de marzo. *Blaga vs. Romania*, Comunicación n. 1158/2003.

COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Decisión del 12 de julio. *Aalbersberget al. vs. The Netherlands*, Comunicación n.1440/2005.

COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Decisión del 14 de septiembre. *Dahanayakeet al. v. Sri Lanka*, Comunicación n. 1331/2004.

SUPREMA CORTE IRLANDESA. 2001. *Kavanagh v. Governor of Mountjoy Prison*, IEHC 77, § 10.

NOTAS

1. Artículos. 1º(3), 13, 55, 56 y 62(2 y 3) de la Carta de la ONU

2. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*.

3. *International Covenant on Civil and Political Rights*.

4. Artículo 2(3) de PIDCP.

5. *Human Rights Committee*

6. Artículo 1 del Protocolo Opcional al PIDCP

7. La Convención Internacional sobre Trabajadores Inmigrantes y los protocolos opcionales a la PIDESC y la Convención sobre los Derechos de los Niños dotaron a sus respectivos comités de monitoreo de la competencia para recibir peticiones individuales, entre tanto, referidos tratados aún no están en vigor internacionalmente. No obstante, el ECOSOC tiene competencia para monitorear el cumplimiento de la PIDESC y ciertos derechos previstos en esas convenciones pueden tener su monitoreo realizado de forma pulverizada por medio de los mecanismos anteriormente vistos.

8. *International Convention on Elimination of Racial Discrimination*

9. *Convention on Elimination of Discrimination Against Women* o del *Committee on Elimination of Discrimination Against Women*, de acuerdo al contexto.

10. *Convention Against Torture* o del *Committee Against Torture*, de acuerdo al contexto

11. *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* o del *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, de acuerdo al contexto

12. Es importante destacar que los mecanismos

convencionales de protección a los Derechos Humanos, a diferencia de los mecanismos extra convencionales, tienen su actuación material delimitada por la convención, siendo aplicables solamente a los Estados Partes de las convenciones. Los mecanismos extra convencionales, no obstante, son más susceptibles a sufrir influencias políticas, excepción realizada a aquellos que contienen reglas de independencia que apuntan a neutralizar la interferencia de los gobiernos de los Estados monitoreados.

13. El CEDAW también recibe apoyo estructural de la división para el desarrollo de la mujer de la ONU.

14. *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*.

15. El OHCHR es presidido por el Alto Comisariado de Derechos Humanos, electo en conformidad con las reglas establecidas por la Resolución 48/141 de la AGNU, que apuntan a preservar la independencia y la rotatividad del cargo

16. Artículos 36 del PIDCP, 10.3 de la ICERD, 17.9 de la CEDAW, 25.2 de la CAT y 34.11 de la CRPD.

17. Resolución 48/141 y, 60/251 de la AGNU.

18. Artículo 9.2 de la ICERD y 21.1 de la CEDAW, eg.

19. Artículo 21.2 de la CEDAW.

20. Artículo 38(a) de la CAT y 22 de la CEDAW, ver informe 49/537, resultante de la 5ª reunión de los presidentes de los comités.

21. El CERD y el CEDAW, específicamente, denominan *general recommendation*.

22. Artículo 9.1 de la ICERD, 35 y 36 de la CRPD y 18 de la CEDAW.
23. El CERD denomina sus decisiones *opinions*.
24. Ver artículos 8 de la ICERD, 29 del PIDCP, 17 de la CEDAW, 34 de la CRPD y 17 de la CAT.
25. Sobre la armonización de los trabajos de los comités, ver Informe 49/537 resultante de la 5ª reunión de los presidentes de los comités e Informe 65/190 resultante de la más reciente reunión de los comités.
26. Ver MAGALHÃES, 2000, p. 65 e RAMOS, 2008, p. 455, para doctrinas sobre el status (supra) constitucional de esos tratados. Para análisis de la evolución jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal acerca del tema, ver DANTAS, 2011.
27. Para modelos de peticiones visite el sitio web de OHCHR.
28. *Petitions Team, Office of the High Commissioner for Human Rights, United Nations Office at Geneva*, vía correo, a la siguiente dirección 1211 Geneva 10, Switzerland y, en casos de urgencia, vía fax al siguiente número + 41 22 9179022. Adicionalmente, el peticionario se puede valer de la siguiente dirección electrónica tb-petitions@ohchr.org, exclusivamente para realizar contactos informales.
29. Artículos 96(a) de la HRC y 84.1(a) de la CERD, e.g.
30. Normas procedimentales 102.4 del HRC, 74.4 del CEDAW y 76.6 del CRPD.
31. Art. 2(e) del protocolo facultativo a la CRPD.
32. Normas procedimentales 55.2 del CRPD, 84.2 del HRC y 58 del CEDAW.
33. Comentarios Generales del HRC n° 31, § 10.
34. El CERD y el CEDAW reconocen como víctima también a grupos de personas (arts. 14.2 de la ICERD y 2 del protocolo facultativo a la CEDAW).
35. Reglas de procedimiento 96(b) del HRC, 68.2 y 68.3 del CEDAW y 91(b) del ICERD.
36. Ver casos Ruzmetov v. Uzbekistan y Burgess v. Australia.
37. Sobre el concepto de remedios efectivos ver Capítulo 5.2.
38. Resulta relevante el estudio sobre la actuación del Poder Judicial (ver CUNHA, 2005) y de las Instituciones Gubernamentales Independientes de Derechos Humanos o *National Human Rights' Institutions* (NHRI) idealizadas por los Principios de París establecidos por la Resolución 1992.154 de la Comisión de Derechos Humanos.
39. Regla de procedimiento 85 del HRC, e.g.
40. Reglamento del Comité de Derechos Humanos 97.6 del HRC y XXXX 69.9 del CEDAW.
41. Regla de procedimiento 97.2 del HRC y 70.3 del CRPD. El CERD es el único comité que, realiza estos análisis en distintas etapas.
42. Reglas de procedimiento 88 del HRC y 88 del CERD, e.g.
43. Regla de procedimiento 97.2 del HRC, e.g.
44. Regla de procedimiento 93 del HRC, e.g.
45. Llama la atención el empleo del término "legítima" y "dispositivos", o sea, para el hecho de que ciertas reservas, contrariamente, no sean capaces de dificultar el análisis de una petición para más de uno de los comités, caso incidan sobre previsiones inderogables de esos tratados que no configuran Derecho Internacional dispositivo, pasible de reserva. Ver Kennedy v. Trinidad y Tobago.
46. Artículos 14 de la ICERD, 2(b) de la CRPD, 3 del PIDCP y 22.2 de la CAT y reglas de procedimiento 71(d) del CERD y 96(c) del HRC.
47. Reglas de procedimientos 98.2 del HRC, 70.2 del CEDAW y 93.2 del CERD, e.g.
48. El CAT, en su informe, destaca que el procedimiento que monitorea se concluye generalmente en un plazo de uno o dos años. El CERD, a su vez, destaca que dado el número reducido de causas del comité, algunas de ellas no se resuelven en un período inferior a un año.
49. En los casos de urgencia el comité puede encaminar al Estado denunciado un pedido de medidas cautelares (*interim measures*), como una manera de evitar un daño irreparable a la víctima mientras el comité analiza la petición. Excepto por su característica provisoria, los pedidos de medida cautelar son equivalentes a las decisiones de mérito.
50. Artículo 2(c) del protocolo facultativo a la CRPD y artículos 22.4(a) del CAT y 4.2(a) del CEDAW.
51. Artículo 4.2(a) del Protocolo Opcional al PIDCP.
52. Artículo 5.2 (b) del protocolo facultativo al PIDCP y 7(a) de la CERD, reglas procedimentales 91 del CERD, 113(e) del CAT.
53. Ver *Carranza vs. Perú*.
54. Ver *Chisanga vs. Zambia*.
55. Ver *K.N.L.H. vs. Perú*; *Blaga v. Romania* y *Quispe vs. Perú*.
56. Artículo 2(e) del protocolo facultativo a la CRPD, e.g.
57. Regla de procedimiento 84.1(d) del CERD.
58. Regla de procedimiento 101.2 del HRC, e.g.
59. Regla de procedimiento 102.1 del HRC, e.g.
60. Regla de procedimiento 101.4 del HRC, e.g.
61. Regla de procedimiento 97 del CERD, e.g.
62. Para parecer contrario ver HEINTZE, 2010, p. 29.
63. Es en este contexto de ausencia de normas secundarias capaces de promover la ejecución forzada de las decisiones de los comités que se torna oportuno el estudio de las razones que llevan a los Estados a no cumplir los tratados y las obligaciones internacionales, y así no ejecutar tales decisiones (CHAYES, A.; CHAYES, A. H., 1995, p. 3), se buscan medidas alternativas de carácter no coercitivo capaces de conducir los Estados al respeto del Derecho Internacional, denominadas "*non-forcible measures*" (DUPUY, 1997, p. 23). Ver también estudio del Instituto de Derechos Humanos de la Abo *Akademy University*.
64. International Law Association, también considera que las decisiones emitidas por los comités son sólo la confirmación e interpretación no vinculante del tratado internacional en cuestión, siendo este último sí una obligación internacional. Así también se manifestó la Suprema Corte irlandesa en la causa *Kavanagh vs. Governor of Mountjoy Prison*.

ABSTRACT

This article analyzes the right of petition by individuals to the conventional committees that form part of the Global Human Rights Protection System established under the auspices of the UN. The text describes the system that allows individuals to submit petitions with international organizations denouncing their States for human rights violations listed in the Universal Declaration and the International Covenant of Civil and Political Rights (ICCPR) or in the norms established in specific treaties such as the U.N. Convention Against Torture (UNCAT), the International Convention for the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (ICERD), the Convention Against the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), and the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. According to the author, the recommendations made by UN bodies relating to allegations made directly through individual petitions are binding and must be complied with by the States in question.

KEYWORDS

Right of petition – Human rights – Global System

RESUMO

O artigo analisa o direito de petições individuais junto aos comitês convencionais que compõem o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos mantido sob os auspícios da ONU. O texto descreve o sistema que permite a indivíduos entrarem com petições junto a organismos internacionais denunciando seus Estados por violações dos direitos humanos elencados na Declaração Universal ou no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ICCPR) ou ainda das normas estabelecidas em tratados específicos tais como a Convenção contra a Tortura (CAT), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ICERD), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRPD). Segundo a autora, as recomendações feitas pelos órgãos da ONU relativas a denúncias feitas por meio direito de petição individual têm caráter vinculante e devem ser cumpridas pelos Estados em questão.

PALAVRAS-CHAVE

Direito de petição – Direitos humanos – Sistema Global

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

SUR 11, v. 6, n. 11, dic. 2009

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, LÍVIA 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 CALIARI
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

SUR 12, v. 7, n. 12, jun. 2010

SALIL SHETTY
Prefacio

FERNANDO BASCH ET AL.
La Efectividad del Sistema
Interamericano de Protección de
Derechos Humanos: Un Enfoque
Cuantitativo sobre su Funcionamiento
y sobre el Cumplimiento de sus
Decisiones

RICHARD BOURNE
Commonwealth of Nations:
Estrategias Intergubernamentales
y No Gubernamentales para la
Protección de los Derechos Humanos
en una Institución Postcolonial

OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO

AMNISTÍA INTERNACIONAL
Combatiendo la Exclusión: Por
qué los Derechos Humanos Son
Esenciales para los ODM

VICTORIA TAULI-CORPUZ
Reflexiones sobre el Papel del Foro
Permanente para las Cuestiones
Indígenas de las Naciones Unidas en
relación con los ODM

ALICIA ELY YAMIN
Hacia una Rendición de Cuentas
Transformadora: Aplicando un
Enfoque de Derechos Humanos
para Satisfacer las Obligaciones en
relación a la Salud Materna

SARAH ZAIDI
Objetivo 6 de Desarrollo del Milenio
y el Derecho a la Salud: ¿Conflictivos
o Complementarios?

MARCOS A. ORELLANA
Cambio Climático y los ODM: El
Derecho al Desarrollo, Cooperación
Internacional y el Mecanismo de
Desarrollo Limpio

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS

LINDIWE KNUTSON
¿Es el Derecho de las Víctimas

de *apartheid* a Reclamar
Indemnizaciones de Corporaciones
Multinacionales Finalmente
Reconocido por los Tribunales de los
EE.UU.?

DAVID BILCHITZ
El Marco Ruggie: ¿Una Propuesta
Adecuada para las Obligaciones de
Derechos Humanos de las Empresas?

SUR 13, v. 7, n. 13, dic. 2010

GLENDA MEZAROBBA
Entre Reparaciones, Medias
Verdades e Impunidad: La Difícil
Ruptura con el Legado de la
Dictadura en Brasil

GERARDO ARCE ARCE
Fuerzas Armadas, Comisión de la
Verdad y Justicia Transicional en
Perú

MECANISMOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

FELIPE GONZÁLEZ
Las Medidas Urgentes en el Sistema
Interamericano de Derechos
Humanos

JUAN CARLOS GUTIÉRREZ Y
SILVANO CANTÚ
La Restricción a la Jurisdicción
Militar en los Sistemas
Internacionales de Protección de los
Derechos Humanos

DEBRA LONG Y LUKAS
MUNTINGH
El Relator Especial sobre Prisiones
y Condiciones de Detención en África
y el Comité para la Prevención de la
Tortura en África: ¿Potencial para la
Sinergia o la Inercia?

LUCYLINE NKATHA MURUNGI Y
JACQUI GALLINETTI
El Papel de los Tribunales
Subregionales en el Sistema Africano
de Derechos Humanos

MAGNUS KILLANDER
Interpretación de los Tratados
Regionales de Derechos Humanos

ANTONIO M. CISNEROS DE
ALENCAR
Cooperación entre los Sistemas
de Derechos Humanos Universal e
Interamericano dentro del Marco
del Mecanismo de Examen Periódico
Universal

EN MEMORIA

Kevin Boyle – Un Eslabón Fuerte
en la Corriente Por Borislav
Petranov

SUR 14, v. 8, n. 14, jun. 2011

MAURICIO ALBARRACÍN
CABALLERO
Corte Constitucional y Movimientos
Sociales: El Reconocimiento
Judicial de los Derechos de las

Parejas del Mismo Sexo en Colombia

DANIEL VÁZQUEZ Y DOMITILLE
DELAPLACE
Políticas Públicas con Perspectiva
de Derechos Humanos:
Un Campo en Construcción

J. PAUL MARTIN
La Educación en Derechos Humanos
en Comunidades en Proceso
de Recuperación de Grandes Crisis
Sociales: Lecciones para Haití

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

LUIS FERNANDO ASTORGA
GATJENS
Análisis del Artículo 33 de la
Convención de la ONU:
La Importancia Crucial de la
Aplicación y el Monitoreo Nacionales

LETÍCIA DE CAMPOS VELHO
MARTEL

Ajuste Razonable: Un Nuevo
Concepto desde la Óptica de una
Gramática Constitucional Inclusiva

MARTA SCHAAP
La Negociación de la Sexualidad en
la Convención sobre los
Derechos de las Personas con
Discapacidad

TOBIAS PIETER VAN REENEN Y
HELENÉ COMBRINCK
La Convención de la ONU sobre
los Derechos de las Personas con
Discapacidad en África: Progresos
Después de Cinco Años

STELLA C. REICHER
Diversidad Humana y Asimetrías:
Una Relectura del Contrato
Social desde el Punto de Vista de las
Capacidades

PETER LUCAS
La Puerta Abierta: Cinco Películas
Fundacionales que Dieron Vida a la
Representación de los Derechos
Humanos de las Personas con
Discapacidad

LUIS GALLEGOS CHIRIBOGA
Entrevista con Luis Gallegos
Chiriboga, Presidente (2002-2005)
del Comité *Ad Hoc* que Elaboró la
Convención sobre los Derechos
de las Personas con Discapacidad

SUR 15, v. 8, n. 15, dic. 2011

ZIBA MIR-HOSSEINI
La Penalización de la Sexualidad:
Las Leyes de *Zina* como Violencia
Contra la Mujer en Contextos
Musulmanes

LEANDRO MARTINS ZANITELLI
Corporaciones y Derechos Humanos:
El Debate Entre Voluntaristas
y Obligatoristas y el Efecto de
Socavamiento de las Sanciones

ENTREVISTA CON DENISE DORA
Responsable por el Programa de
Derechos Humanos de la Fundación
Ford en Brasil 2000 y 2011

IMPLEMENTACIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL DE LAS DECISIONES DE LOS SISTEMAS REGIONALES E INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

MARIA ISSAEVA, IRINA
SERGEEVA Y MARIA SUCHKOVA
Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Rusia: Desarrollos Recientes y Desafíos Actuales

CÁSSIA MARIA ROSATO Y LUDMILA CERQUEIRA CORREIA
Caso *Damião Ximenes Lopes*: Cambios y Desafíos Después de la Primera Condena de Brasil por Parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

DAMIÁN A. GONZÁLEZ-SALZBERG
La Implementación de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: Un Análisis de los Vaivenes Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

MARCIA NINA BERNARDES
Sistema Interamericano de Derechos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos y Políticos de Implementación de las Decisiones Internacionales

CUADERNO ESPECIAL: CONECTAS DERECHOS HUMANOS: 10 AÑOS

La Construcción de una Organización Internacional desde/ en el Sur

SUR 16, v. 9, n. 16, jun. 2012

PATRICIO GALELLA Y CARLOS ESPÓSITO

Las *Entregas Extraordinarias* en la Lucha Contra el Terrorismo. ¿Desapariciones Forzadas?

BRIDGET CONLEY-ZILKIC
Desafíos para los que Trabajan en el Área de la Prevención y Respuesta Ante Genocidios

MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, FLAVIO MARQUES PROL, GABRIELA JUSTINO DA SILVA, MARINA ZANATA GANZAROLLI Y RENATA DO VALE ELIAS

La Disputa sobre la Aplicación de las Leyes: Constitucionalidad de la Ley Maria da Penha en los Tribunales Brasileños

SIMON M. WELDEHAIMANOT
La CADHP en el Caso *Southern Cameroons*

ANDRÉ LUIZ SICILIANO
El Papel de la Universalización de los Derechos Humanos y de la Migración en la Formación de la Nueva Gobernanza Global

SEGURIDAD CIUDADANA Y DERECHOS HUMANOS

GINO COSTA
Seguridad Ciudadana y Delincuencia Organizada Transnacional en las Américas: Situación y Desafíos en el Ámbito Interamericano

MANUEL TUFRÓ
Participación Ciudadana, Seguridad Democrática y Conflicto entre Culturas Políticas. Primeras Observaciones sobre una Experiencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CELS
La Agenda Actual de Seguridad y Derechos Humanos en Argentina. Un Análisis del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)

PEDRO ABRAMOVAY
La Política de Drogas y *La Marcha de la Insensatez*

VISIONES SOBRE LAS UNIDADES DE LA POLICÍA PACIFICADORA (UPP) EN RÍO DE JANEIRO, BRASIL

Rafael Dias – Investigador de Justicia Global
José Marcelo Zacchi – Investigador Asociado del Instituto de Estudios del Trabajo y la Sociedad - IETS

La Fundación Carlos Chagas tiene como premisa esencial el tema de la ciudadanía. En sus especialidades y líneas de investigación apunta al desarrollo humano-social.

La producción en el campo de la investigación en la FCC, articulada entre los polos de evaluación de políticas, género y raza abarca profundos estudios sobre los distintos niveles de enseñanza.

En las tres publicaciones de la Fundación – Cadernos de Pesquisa, Estudos em avaliação educacional y Textos FCC –, esa producción académica comparte el espacio con el trabajo de investigadores de otras instituciones, lo que posibilita una mirada diversificada sobre los temas del área.



Fundação Carlos Chagas

REFERENCIA EN EDUCACIÓN WWW.FCC.ORG.BR